ف د ن ۵۹۴۷

مسالک الافهام فی شرح الشرایع

زین الدین بن علی بن احمد

العاملی

۶۴۶۲۹

۳۳۹۱

۴۹۲۵

۴۹۲۵ میکروفیلم

ف د ن ۵۹۴۷
مسالک الافهام فی شرح الشرایع
زین الدین بن علی بن احمد
العاملی
۶۴۶۲۹
۳۳۹۱
۴۹۲۵
بازدید شد
۱۳۸۲
۴۹۲۵ میکروفیلم
کتابخانهٔ مجلس شورای اسلامی
جمهوری اسلامی ایران
شمارهٔ ثبت کتاب ۶۴۶۲۹
کتاب المسالک فی شرح الشرایع
مؤلف
مترجم
شمارهٔ قفسه ۴۵۷۴

هيئت ... ١٢ ... سالس
... در ... جمعه ...
عثمان بلبير ...

مسالك صاحبى تا اخر نكاح

١

١٨٥

بسم الله الرحمن الرحيم وبه ثقتي

الحمد لله رب العالمين والصلوة على سيدنا محمد وآله الطاهرين القسم الثاني في العقود وفيه خمسة عشر كتابا كتاب
التجارة قد سبق في كلام المصنف ذكر كتاب التجارة كغيره ولا بد أن المراد بالتجارة نفس المعاوضة بقصد الاكتساب عند التملك
فاعتبر فيها قصد الاكتساب فان اراد دائما هذا المعنى فهو كثير من افرادها المذكورة في هذا الكتاب استطرادا وان هذه الا
المعدودة لها انما هي كونها بقصد الاكتساب والقوت والادخار وان اراد بها ههنا ما هو اعم مما سبق ليطابق جميع الافراد
المذكورة كانت التجارة في اصطلاحهم من الالفاظ المشتركة وهو خلاف الاصل المعروف وكون التجارة ملحوظا في مفهومها ارادة الاسترباح
والتكسب كما سبق فالاستطراد بما خرج من ذلك اولى وحقق في العبارة امر آخر وهو ان المصنف قد جعل بازاء هذا الكتاب كتاب البيع
والصلح والاجارة وغيرها من عقود المعاوضة كما يعلم ذلك من تصفح الاقسام ثم عقدها بعد ذلك للبيع خاصة الى آخر الكتاب
ولا يخفى ما في ذلك من التجوز وكان الانسب كما فعل الشيخ والشهيد في شرح الارشاد وغيرهما الفصل الاول من الكتاب بكتاب المكاسب
فان الاقسام المذكورة كلها افراد المكاسب اعم من البيع وغيره ثم يذكر بعد ذلك كتاب البيع الذي هو بعض افراد المحصل بها على
بعض الوجوه وهو ما لو قصد به التكسب ولو قصد به القنية او القوت لم يكن داخلا في التكسب ... عموم وخصوص من وجه ... فيجتمعان
في بيع الاعيان للتكسب بها وينفرد البيع بقصد القنية ونحوها وينفرد المكاسب بتحصيلها بالمباح والصلح ونحوه قوله فما يكتسب
به ينقسم الى محرم ومكروه ومباح قد جعل المصنف الاقسام ثلاثة كما ترى وذكر جماعة انقسامها الى الاحكام الخمسة باضافة الواجب والندب
وعدوا من الواجب ما يضطر اليه لمؤنته ومؤنة عياله ومن المندوب ما يقصد به التوسعة عليهم بحيث يندفع الحاجة بغيره وكلاهما
حسن وان كان ما ههنا احسن اذ لا خلل في الثلاثة ولا بد من الحاق الخمسة فان مورد القسمة في الثلاثة ما يكتسب به وهو العين والمنفعة
وذلك لان الوجوب والندب لا يرد عليهما من حيث انها اعيان خاصة ومنفعة بل بسبب امر عارض وهو فعل المكلف ومورد الخمسة الاكتساب
الذي هو فعل المكلف ومن شأنه ان يقبل القسمة الى الخمسة فيمكن فيه تساوي الطرفين باعتبار العوارض اللاحقة له واعلم ان الغرض
الفقيه بالذات من بحث العقود وحكمها من حيث الصحة والفساد واما من حيث يجب او يندب ليترتب الثواب عليها فمن وظائف
العبادة او من حيث يحرم فيترتب عليها العقاب فهو بالعبادة اشبه من حيث وجوب تركها لكن لا محذور في ذلك ههنا لا سيما
باعتبار اختلاف جهة المكاسب فانها قد تكون عبادة من وجه ومعاملة من اخرى وكذا في باقي العقود كالصلح والاجارة
مثل النكاح قوله والانبذة جمع نبيذ وهو الشراب المخصوص المسكر المعمول من التمر وجمعه باعتبار تعدد افراده او ملحق
باقي المسكرات المعمولة من الارز والذرة وغيرها اسم النبيذ وان اختصت باسم آخر وضابط المحرم هنا كل مسكر مائع بالاصالة
وفي حكم الجامدات كالحشيشة ان لم يفرض لها نفع آخر وقصد ببيعها المنفعة المحللة قوله وكل مائع نجس عدا الادهان
لفائدة الاستصباح بها تحت السماء مبنيا على ان المائعات النجسة لا تقبل التطهير بالماء فانه اصح القولين ولو قلنا بقبولها
الطهارة جاز بيعها مع الاعلام بحالها ولا فرق في عدم جواز بيعها حينئذ قبول الطهارة بين صلاحيتها للانتفاع على بعض
الوجوه وعدمه ولا بين الاعلام بحالها وعدمه على ما نص عليه الاصحاب وغيرهم واما الادهان النجسة نجاسة عارضية كالزيت يقع
فيه الفارة فيجوز بيعها لفائدة الاستصباح بها وانما اخرج هذا الفرد بالنص والا فكان ينبغي مساواتها لغيرها من المائعات
النجسة التي يمكن الانتفاع بها في بعض الوجوه وقد الحق بعض الاصحاب ببيعها للعمل صابونا او ليدهن بها الاجرب ويجوز لذي ... ونحو
ما يخرج من مورد النص المخالف للاصل فان جاز لتحقق المنفعة فينبغي مثله في المائعات النجسة التي ينتفع بها كالدبس يطعم للنحل

...

وبحوه والمشهور بين الاصحاب تقييده جواز الاستصباح بها تحت السماء بل ادعى عليه ابن ادريس الاجماع وفي الحكم بالتخصيص نظر وقد تحرى
الاجماع منع والاخبار الصحيحة مطلقة والمقيد لها يجب بحيث يجمع بينها غير معلوم فالقول بالجواز مطلقا متجه واليه ذهب الشيخ في
والعلامة في المختلف ومنع الاكثر اذ لا بد ان الدهن يتصاعد بالعرض فلو كان نفس نجاسة كاليات الميتة والمبانة من الحي امتنع الانتفاع
به مطلقا لاطلاق النهي عن استعمال الميتة ونقل الشهيد عن العلامة جواز الاستصباح به تحت السماء ايضا وهو ضعيف واعلم انه
على القول باختصاص جواز الاستصباح بالدهن النجس تحت السماء فهل هو تعبد محض لا لنجاسة دخانه فان دخان الاعيان النجسة عندنا
طاهر لاستحالته كرماده وفي المختلف استبعد استحالة كل الدخان بل يجوز تصاعد شيء من اجزاء الدهن قبل احالة النار له بسبب السخونة
المكتسبة من النار الى ان يلقى الظلال فيتأثر بنجاسته وجعله وجه المنع من الاستصباح به تحت الظلال ثم افتى بالجواز مطلقا ما لم يعلم او يظن
بقاء شيء من اعيان الدهن وحيث جاز استعماله على بعض الوجوه جاز بيعه للعالم بحاله ولمن اعلم من دون الاعلام قيل لا يصح البيع وفعل حراما
ويجب الشراء لو علم ويشكل الجواز بناء على تعليله بالاستصباح فان مقتضاه الاعلام قوله والميتة اي مجموعها من حيث هي مجموع
وفي حكمها اجزاؤها التي تحلها الحيوة وهي التي يصدق عليها الموت حقيقة اما ما لا تحله الحيوة منها فيجوز بيعه اذا كانت طاهرة ويمكن
ان يريد بالميتة مسلوب الحيوة مما تحله منها فيشمل الجلد والاجزاء المبانة من الحي قوله والدم وارواث وابوال ما لا يؤكل لحمه باطل
تحريم الابوال كلها الا ابوال الابل والاقرب في الشبهة لا اشكال في عدم جواز بيع ابوال وارواث ما لا يؤكل لحمه لنجاسته وخبثه وان فرض لهم
نفع لندوره واما ارواث وابوال ما يؤكل لحمه فقد ذهب جماعة الى جوازه نظرا الى انهما طاهران ينتفع بهما واخرون الى المنع من بيع
العذرات والابوال كلها لاستخباثها الا ابوال الابل للاستشفاء بها والنص عليها والاول اقوى وخصوصا في العذرات للانتفاع بها في
الزرع ويجزم مع تقابلهما مع ارادتها واما الابوال فكذلك ان فرض لها نفع مقصود والاقوال ثلاثة قول الشيخ والقول الثاني بتحريم الاول
ما دل عليه القول الاول ومختار المصنف من المنع من بيع ارواث وابوال ما لا يؤكل لحمه وهذا ما الاشبه عندنا ما تقدم في اختصاص الحكم
حتى يجوز بيعه مما يؤكل لحمه والمفيد حكم ... البيع القول الاول فان منهم من قال بمنع بيع ذلك مما
يؤكل لحمه فيصير الاشبه اليسار باعتبار دلالة النصوص لا باعتبار منطوقه وهو تحريم ذلك مما لا يؤكل لحمه فانه موضع وفاق وغير
مناف للقول الثاني قوله والخنزير جميع اجزائه وجلد الكلب وما يكون منه تحقيقه تخصيص جلد الكلب وما يكون منه بعد تعميم
الحكم في الخنزير وجميع اجزائه على ان جملة الكلب يجوز بيعها على بعض الوجوه بخلاف اجزائه منفردة كجلده فانه لا يجوز بيعه كالخنزير
وضمير ما يكون منه يمكن عوده الى الجلد بمعنى تحريم بيع ما يتخذ من جلده من الة وغيرها والعدم وقوع الذكاة عليه فيستوي في الحكم جميع
الالات والى الكلب بمعنى تحريم بيع ما يكون منه اي من الكلب بمعنى تحريم بيع جميع اجزائه من عظم وغيره فيكون اشارة الى المنع من بيع
الاجزاء دون الجملة بخلاف الخنزير وكلا المعنيين صحيح قوله وما يحرم تحريم ما قصد به كالات اللهو الى قوله الات اللهو ونحوها ان
لم يكن الانتفاع بها في غير الوجه المحرم ولم يكن لمكسورها قيمة فلا شبهة في عدم جواز بيعها لانحصار منفعتها في المحرم وان امكن الا
بها في غير الوجه المحرم على تلك الحالة منفعة مقصودة واشتراها لتلك المنفعة لم يبعد جواز بيعها الا ان هذا الفرض نادر فان الغالب
ان ذلك الوضع المخصوص لا ينتفع به الا في المحرم غالبا والنادر لا يقدح ومن ثم اطلقوا المنع من بيعها ولو كان لمكسورها قيمة
وباعها صحيحة لتكسر وكان المشتري ممن يوثق بديانته ففي جواز بيعها حينئذ وجهان وقوى في التذكرة جوازه مع زوال الصفة وهو حسن
والاكثر اطلقوا المنع وهل الحكم كذلك في اواني الذهب والفضة كذلك يحتمله بناء على تحريم عملها والانتفاع بها في الاكل والشرب وعدمه
بجواز اقتنائها للادخار وتزيين المجلس والانتفاع بها في غير الاكل والشرب وهي منافع مقصودة في تحريم عملها نظر قوله

وجعلها العبادة المبتدعة كالصلب للصنم والتعليق في الهيكل والترتيب للصنم كما نص عليه الجوهري وغيره واما اطلاقه على نفس الصنم
فلعله من باب المجاز اطلاقا لاسم المحل على الحال قوله وما يقصد به المساعدة على محرم كبيع السلاح لاعداء الدين ولا فرق
في اعداء الدين بين كونهم مسلمين او كفارا لاشتراكهم في الوصف وهو الاعانة على المحرم المنهي عنها ومنهم قطاع الطريق وتحريم
وانما يحرم مع قصد المساعدة او في حال الحرب والتهيؤ له اما بدونهما فلا ولو باع ليستعينوا به على قتال الكفار لم يحرم كما دلت
عليه الرواية وهذا الحكم فيما يعد سلاحا كالسيف والرمح اما ما يعد جنة كالبيضة والدرع ولباس الفرس المسمى بالتجفاف بكسر التاء
فلا يحرم وعلى تقدير النهي عن البيع لو باع هل يصح ويملك الثمن ام لا قولان اظهرهما الثاني لرجوع النهي الى نفس العوض قوله ببطل
ولجارة المسكن للمحرمات وبيع العنب ليعمل خمرا المراد بيعه لاجل الغاية المحرمة سواء اشترطها في نفس العقد او حصل الاتفاق
عليها فلو باعها ممن يعملها بدون الشرط فان لم يعلم انه يعملها كذلك لم يحرم على الاقوى وان كره وان علم انه يعملها ففي تحريمه
وجهان اجودهما ذلك والحق الظن بالعلم كذلك وعليه تنزل الاخبار المختلفة ظاهرا قوله ما لا ينتفع به كالمسوخة
بناء على عدم وقوع الذكاة عليها اما لو جوزناه جاز بيعها لمن يقصد منفعتها مذكاة وكذا لو اشتبه القصد حملا لفعل المسلم
على الصحيح ولو علم منه قصد المنفعة المحرمة كلعب الدب والقرد لم يصح ولو قصد منه حفظ المتاع امكن جوازه لذلك وعموم منفعة
لانه منفعة نادرة وفيه موقوف بها ونية قطع العلاقة قوله وفي الفيل تردد والاشبه جواز بيعه للانتفاع بعظمه
وجه التردد من عدم وقوع الذكاة عليه كباقي المسوخ بناء على ذلك ومن عظم الانتفاع بعظمه ورد والنص بجواز العظم
عليهم كان لهم منه مشط والاقوى جواز بيعه قوله والجري وهو بكسر الجيم وتشديد الراء المكسورة سمك طويل املس لا
فلوس فيه وليس من المسوخ بل بحيرته غير وجه الدعوى فقوله والضفادع معطوف على المسوخ وهو مغاير لها لان التقدير لا يجوز
بيع ما لا ينتفع به كالمسوخ والضفادع والسلاحف قوله والطافي وهو من السمك الحلال ما مات في الماء وصف بذلك لانه
اذا مات فيه طفا على وجهه قوله والسباع كلها وقيل يجوز بيع السباع كلها تبعا للانتفاع بجلدها او ريشها وهو الاشبه
هذا القول هو الاقوى لوقوع الذكاة عليها وكونها طاهرة منتفعا بها وقول المصنف الا الهر والجوارح لم استثناه من القول الاول
من بيع السباع ويفهم منه انها مستثناة على القولين وليس كذلك بل قد قيل بعدم جواز بيع شيء من السباع البتة ومنهم من
استثنى الفهد خاصة ومنهم من استثنى الفهد وسباع الطير خاصة فالحكاه المصنف اولا من المنع والاستثناء هو احد الاقوال الاربع
المسألة ولعل تخصيصه من بين الاقوال المقوية حيث وقع النص الصحيح على جواز بيع الفهد وسباع الطير فاستضعف حكايته خلافه
خصوصا مع ضعف مستنده واما الهرة فنص جواز بيعه ذكره في المعاملات وبعض الاخبار عليه فاستثناؤه فيه احسن ويبقى
ذلك القول الصادق قتل لانا لا بأس بثمن الهر قوله كعمل الصور المجسمة الملاقية للصور تشمل ذوات الارواح وغيرها كصور
الشجر والتقييد بالمجسمة يخرج الصور المنقوشة على نحو البساط والورق وقد صرح جماعة من الاصحاب بتحريم التماثيل المجسمة
وغيرها وخصه اخرون بذوات الارواح والمجسمة والذي رواه الصدوق في كتاب الخصال في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام قال ثلثة
يعذبون يوم القيمة وعد منهم من صور صورة من الحيوان يعذب حتى ينفخ فيها وليس بنافخ فيها وهذا يدل باطلاقه على تحريم تصوير
ذوات الارواح مطلقا ولا دليل على تحريم غيرها وهذا هو الاقوى قوله والغناء الغناء بالمد الصوت المشتمل على الترجيع
المطرب فلا يحرم بدون الوصفين اعني الترجيع مع الاطراب وان وجد احدهما كما قرره جماعة من الاصحاب ورده بعضهم الى العرف
فما سمي فيه غناء يحرم وان لم يطرب وهو حسن ولا فرق في ذلك بين كونه بشعر وقرآن وغيرهما واستثنى الحداء وهو سوق الابل

بالغناء لها

بالغناء لها ومثل المراثي لها في الاعراس اذا لم تتكلم بالباطل ولم تعمل بالملاهي ولم يسمع صوتها الاجانب من الرجال وقد ذهب جماعة من
الاصحاب منهم العلامة في كتبه الى تحريم الغناء مطلقا استنادا الى الاخبار المطلقة ووجوب الجمع بينها وبين ما دل على الجواز هنا
من الاخبار الصحيحة سبيل حمل المطلق على المقيد قوله ومعونة الظالمين بما يحرم احترز به عن معونتهم بالا
الحلال كالخياطة وغيرها فانه جائز وان كان اخذ الاجرة منهم مكروها من حيث معاملة الظالمين قوله ونوح النائحة
بالباطل يتحقق نوحها بالباطل بوصفها الميت بما ليس فيه ويجوز بالحق اذا لم يسمعها الاجانب قوله وحفظ كتب الضلال
ونسخها لغير النقض المراد حفظها من التلف وعلى ظهر القلب وكلاهما محرم لغير النقض والحجة على اهلها ممن له اهلية ذلك
خوفا على ضعفاء البصيرة من الشبهة ومثله نسخها والحكم يجوز ان للتقية وبدونها يجب اتلافها ان لم يمكن افراد مواضع الضلال
والا اقتصر عليها واحترز باتلاف ما يعدها لا من الجلد والورق اذا كان لمسلم او محترم المال قوله وهجاء المؤمنين
هو بكسر الهاء والمد ذكر المعايب بالشعر وخرج بالمؤمنين غيرهم فيجوز هجاؤه كما يجوز لعنه ولا فرق في المؤمن بين
الفاسق وغيره اللهم الا ان يدخل هجاء الفاسق في مراتب النهي عن المنكر بحيث يتوقف ردعه عليه فيمكن جوازه ان فرض
قوله وتعلم السحر كلام او كتابة او رقية او اقسام وعزائم ونحوها يحدث بسببها ضرر على الغير ومنه عقد
عن زوجته بحيث لا يقدر على وطئها والقاء البغضاء بينهما ومنه استخدام الملائكة والجن واستنزال الشياطين في
كشف الغائبات وعلاج المصاب واستحضارهم وتلبسهم ببدن صبي او امرأة او كشف الغائب على لسانه ليعلم ذلك
واشباهه وعلم وتعلمه كله حرام والتكسب به سحت ويقتل مستحله ولو تعلمه ليتوقى به او ليدفع به المتنبي بالسحر فالظاهر
جوازه وربما وجب على الكفاية كما اختاره الشهيد في دروسه ويجوز حله بالقرآن والاقسام كما ورد في رواية العلاء
هل له حقيقة او هو تخييل الاكثر على الثاني ويشكل بوجدان اثره في كثير من الناس على الحقيقة والتأثير في الوهم انما يتم لو
سبق للقابل علم بوقوعه ونحن نجد اثره فيمن لا يشعر به اصلا حتى يهلك به ولو حمل تخييله على ما يظهر من تأثيره في حركات
الحيات والطير ونحوها امكن لا في مطلق التأثير واحضار الجان وشبه ذلك فانه امر معلوم لا يتوجه دفعه قوله
والكهانة هي بكسر الكاف عمل يوجب طاعة بعض الجان له واتباعه له بحيث يأتيه بالاخبار الغائبة وهو قريب من السحر قوله
والقيافة هي الاستناد الى علامات ومقادير يترتب عليها الحاق بعض الناس ببعض ونحوه وانما يحرم اذا جزم به او رتب عليه
محرما قوله والشعبذة وهي الحركات السريعة التي يترتب عليها الافعال العجيبة بحيث يلتبس على الحس الفرق على
الشيء وشبهه لسرعة الانتقال منه الى شبهه قوله والقمار وهو اللعب بالالات المعدة له كالنرد والشطرنج ومنه اللعب
بالخاتم والجوز وما يترتب على ذلك كله من التكسب حرام يجب رده على المالك ولو فعله الصبيان فالمكلف برده الولي ولو
جهل المالك تصدق به عنه ولو انحصر في قوم معينين وجب التخلص منهم ولو بالصلح قوله والغش بما يخفى كشوب اللبن
بالماء احترز به عما لا يخفى كمزج الحنطة بالتراب وحينئذ فهو عيب ظاهر فانه لا يحرم وان كره ثم على تقدير الخفاء فان
صح وحكمه حكم ما لو ظهر في المبيع عيب من غير الجنس وربما احتمل البطلان بناء على ان المقصود بالبيع هو اللبن والجاري عليه
العقد هو المشوب فيكون كما لو باعه هذا الفرس فظهر حمارا او نحوه كذا في هذا المثال الاشكال حيث تغلب الاشارة
او الاسم والفرق بينه وبين ما نحن فيه واضح قوله وتدليس الماشطة اي تدليسها المرأة بالاظهار محاسن ليست
فيها من تحمير وجهها ووصل الشعر بشعر ونحوه وهو محرم اذا دلس به التدليس كما لو علمه العبارة ومثله ما لو فعلته

المرأة بنفسها من غير ماشطة ولو انتفى التدليس كما لو كانت مزوجة فلا تحريم واشترط في ذلك اذن الزوج قوله وتزيين
الرجل بما يحرم عليه المحرم عليه من الزينة وهو المختص بالنساء كلبس السوار والخلخال والثياب المختصة بها بحسب العادة وتختلف في ذلك
الازمان والاصقاع ومنه تزيينه بالذهب وان قل والحرير الا ما استثني ومثله العكس وهو تزين المرأة بزينة الرجل
المختص به كلبس المنطقة والعمامة وغيرهما ولا فرق في التحريم بين مباشرة العامل لذلك بنفسه وتزيين غيره كالاجير المناسب
للعبارة هنا اصل العقد بها لمكتسب به اما فعلها بنفسه فلا يعد تكسبا الا على التجوز قوله ما يجب على الانسان فعله
كتغسيل الموتى وتكفينهم ودفنهم هذا هو المشهور بين الاصحاب وعليه الفتوى وذهب المرتضى الى جواز اخذ الاجرة على ذلك
الولي بناء على اختصاص الوجوب به وهو ممنوع فان الوجوب الكفائي لا يختص به وانما فائدته اولويته في الفعل على ان
فيبطل منه ما دفع بعوض ما يتوقف على النية ويخرج بما يجب فعله من ذلك ما يستحب كتغسيله بالغسلات المسنونة من تثليث الغسل
وغسل يديه وفرجه ووضوءه على القول بندبيته وتكفينه بالقطع المندوبة وحفر قبره قامة مع تأدي الفرض بدونها
ونقله الى ما بعد عن مدفنه مع امكان دفنه في القريب فان اخذ الاجرة على ذلك كله جائز للاصل وعموم النافع خلافا لبعض
الاصحاب حيث اطلق المنع قوله اخذ الاجرة على الاذان حرام ولا بأس بالرزق من بيت المال هذا هو المشهور بين الاصحاب
وعليه العمل وذهب المرتضى الى جواز اخذ الاجرة عليه تسوية بينها وبين الارتزاق وهو متروك والفرق بينهما ان الاجرة
يفتقر الى تقدير العمل والعوض وضبط المدة والصيغة الخاصة واما الارتزاق فمنوط بنظر الحاكم لا يتقدر بقدر وقدر
محله بيت المال ما اعد للمصالح من خراج الارض ومقاسمتها ونحوهما ولا فرق في تحريم اخذ الاجرة بين كونها من معين
او من اهل البلد والمحلة وبيت المال وحيث لا يرى ان اخذ الاجرة بالتحريم فلا يعتد به ام يكون اخذ الاجرة قادحا
كما نص بعض الاصحاب على الاول ووجهه العلامة في المختلف بان الاذان على هذا الوجه لا يكون مشروعا فيكون محرما
وهو متجه لكنه يشكل بان النية غير معتبرة فيه والمحرم هو اخذ المال لا نفس الاذان فانه عبادة او شعار واما اخذ ما يعد
للمؤذنين من اوقاف مصالح المساجد ونحوها فليس باجرة وان كان مقدرا وكان هو الباعث على الاذان نعم لا يثاب
فاعله عليه الا مع محض القربة الى الله تعالى قوله والقضاء على تفصيل يأتي التفصيل الموعود به هو انه ان تعين عليه
بتعيين الامام او بعدم قيام غيره به حرم عليه اخذ الاجرة عليه لانه حينئذ يكون واجبا والواجب لا يجوز اخذ الاجرة عليه وان
لم يتعين عليه فان كان له غنى عنه لم يجز ايضا والا جاز وقيل يجوز مع عدم التعيين مطلقا وقيل يجوز مع الحاجة مطلقا ومن الاصحاب
من جوز اخذ الاجرة عليه مطلقا والاصح المنع مطلقا الا من بيت المال على جهة الارتزاق فيتقيد بنظر الامام ولا فرق في المنع بين
اخذ الاجرة من السلطان ومن اهل البلد والمتحاكمين بل الاخير هو الرشوة التي ورد في الخبر انها كفر بالله وبرسوله قوله ولا
بأس باخذ الاجرة على عقد النكاح اي على مباشرة الصيغة من احد الجانبين او منهما فان الصيغة غير واجب لما تعليم الصيغة والقاؤها
على المتعاقدين فانه من باب تعليم الواجب فلا يجوز اخذ الاجرة عليه وكذا غيره من العقود واما الخطبة بالضم بمعنى حمد الله والصلوة
على رسوله وذكر ما يناسب مقام العقد فانها وبالكسر بمعنى طلب التزويج من نفسها او وليها او وكيلها او نحو ذلك فيجوز
اخذ الاجرة عليه ايضا لانه ليس بواجب قوله ما يكره لانه يفضي الى محرم او مكروه غالبا كالصرف وبيع الاكفان والطعام
والرقيق واتخاذ الذبح والنحر صنعة قد علل في الخبر ايضا بعض المذكورات الى المحرم او المكروه فعلل الصرف بانه لا يسلم
فاعله من الربا وبيع الاكفان بتمني الوباء والطعام بتمني الغلاء ورد في بيع الرقيق ان شر الناس من باع الناس وان الجزار تسلب

الاجرة من

الرحمة من قلبه والمستفاد من الاخبار ان المكروه اتخاذ هذه الامور حرفة وصنعة لا بحيث يفعلها كالمحتاج الى بيع عبد
او ذبح شاة ونحو ذلك والتعليل يقتضيه هنا في غير بيع الرقيق ويظهر من العبارة ان كراهة اعداد الذبح والنحر
عامة لمتخذها صنعة وغيرها بقرينة تقييدها باتخاذها صنعة ومفهوم الدليل يقتضي الفرق واعلم ان هذه المكروهات
المفضي اليها بعضها محرم وهو الربا ومحبة الوباء وتمني الغلاء وبعضها مكروه كما في بيع الرقيق فان المراد من قوله
شر الناس من باع الناس انه اقل خيرا وذكر لا ان فيه شرا يتعلق بمحرم هذا وصف الكل وان لوحظ هذا المعنى دار
بيعهم يفضي الى الفعل المحرم السالم للشر فهو ايضا من قبيل المحرم واما قساوة القلب فهي قسوة القلب فالظاهر انها مكروه
لا محرم وتعدد وان قاسي القلب بعيد عن رحمة الله وفي بعض الاخبار تعليل بيع الطعام بانه لا يسلم من الاحتكار
ومع هذا ينبغي ان الاحتكار هل هو مكروه او محرم فيلحق باحد الوصفين وتظهر بذلك معنى قول المصنف ان بعضها
يفضي الى محرم او مكروه وان اكثرها محرم او كلها على قول يأتي تقديم ذكره قوله وما يكره لضعته كالنساجة وزاد
بالنساجة هنا ما يعم الحياكة وكلاهما مكروه متأكد في الاخبار حتى ورد في بعضها عن الصادق عليه السلام ان ولد الحائك
لا ينجب الى سبعة بطون وهو المقطان مترادفان كما يشعر به اقتصار المصنف على احدهما او يخص النساجة ببعض الانواع
كالرقيق والحياكة بغيره او يكون النساجة اعم من الحياكة مطلقا الا ان في الصحاح نسج الثوب وحاكه واحد قوله و
الحجامة اذا اشترطه اي اشترط الاجرة على عمله سواء عين الاجرة ام اطلق فلا يكره لو عمل بغير شرط وان بذل له بعد ذلك كما دل عليه
الاخبار هذا في طرف الحاجم اما المحجوم فلا يكره ان يستعمله من غير شرط ولا يكره معه فكراهة كسب الحجام مخصوصة
باشتراطه قوله وضراب الفحل اي يكره التكسب به بان يؤجره لذلك ومنع منه بعض العامة والصحيح جوازه ولا بد
من ضبطه بالمدة والمرات ولو دفع اليه صاحب الدابة شيئا على جهة الهدية او الكرامة فلا كراهة قوله وكسب الصبيان اي الكسب المحتمل
بكونه من الحرام وغيره على الوجه السائغ وكذا يكره للغير شراؤه من الولي لما يتخلص من الشبهة الناشئة من اجتراء الصبي على الاكل
لجهله او لعلمه بارتفاع القلم عنه ولو علم يقينا اكتسابه من المباح فلا كراهة كما انه لو علم تحصيله او بعضه بحيث لا يتميز من حرام
كالقمار وجب اجتنابه وفي حكم الصبي من لا يتورع من الخادم كالاماء في بعض البلاد قوله لا يجوز بيع شيء من الكلاب الا كلب
الصيد وفي كلب الماشية والزرع والحائط تردد والاشبه المنع لاكلاب جواز بيع كلب الصيد في الجملة لكنه خص بعضهم ذلك
بالسلوقي كالاطلاق في عدم صحة بيع كلب الهراش وهو ما خرج عن الكلاب الاربعة واما جرو والاصح جواز بيع الكلاب الثلثة
مشاركتها لكلب الصيد في المعنى المسوغ لبيعه ولبطل المنع ضعيف السند قاصر الدلالة وفي حكمها الجرو القابل للتعليم ولا
يشترط في جواز اقتنائها وجود ما تضيف اليه فلو هلكت الماشية او باعها او حصد الزرع واستقل الحائط لم يزل الملك منها
وكلب الدار ملحق بكلب الحائط واعلم ان العلامة في النهاية استشكل جواز بيع كلب الصيد مطلقا ويتحقق ما يؤذن بالخلاف
فيه لكل حكي جماعة من الاصحاب الاجماع عليه كما بيناه ولا نعلم خلافا فالاحد منهم في غير السلوقي فان كان فيه خلاف فهو ضعيف
جدا بل الاشكال الحاقه ويمكن كون الاشكال والخلاف عائدا الى البيع المنظر الى مجموع ما افرده وان حصل الاتفاق على بعضها او ماليتها
فلا اشكال في جوازها الا ان لها منافع محللة مقصودة وجعل الفارق بين البيع والاجارة نظرا الى نجاستها قوله وكذا
وكذا يجوز هذه الاربعة وبين لو قتلها غير المالك وربما فهم بعضهم من ثبوت ديتها جواز بيعها نظرا الى انها اموال
محترمة كباقي الحيوانات وفيه منع ظاهر فان ثبوت الديات لها بعينها وعلى عدم جواز بيعها انتفاء الا ان ذلك في مقابلة

[illegible]

... عقد كالماوية لا الرقية كما في الحر والرقية لا دية له كما في الحيوان المملوك قوله الرشا حرام سواء حكم لباذله او عليه

... الرشا بضم اوله وكسره مقصور جمع رشوة بها وهو لحمل الحاكم ما لا لاجل الحكم وعلى تحريمه اجماع المسلمين ...

... انه الكفر بالله تعالى ورسوله ... على الراشي ... على المعطي لانهما سبب على الاثم والعدوان ...

... على المرتشي خاصة قوله او ادفع الاول اي ما لا الى غيره ليصرفه في سبيل ...

[illegible]

[illegible]

دعوى الصيغة الخاصة المشهور الاول فعلى هذا يباح لكل منهما التصرف ويجوز لهما الرجوع في المعاوضة ما دامت العين باقية فاذا ذهبت لزمت
اما جواز التصرف فلما امر من تسليط كل منهما الآخر عليها ووضع اليد داخلا فيه ولا معنى لاباحة التصرف الا ذلك [illegible] مع التلف
فلو ضمانها يكون ما اخذ كل منهما هو ضمانا [illegible] فاذا تلف ما دفعه كان مضمونا عليه الا انه قد رضي بكون عوضه هو ما بيده كما
كان ناقصا فقد رضي به وان كان زائدا فقد رضي [illegible] لو دفع المديون عوضا عما في ذمته ورضي به صاحب
الدين [illegible] الاول هل المراد بالاباحة الحاصلة بالمعاطاة قبل ذهاب العين افادة
منزلة كالبيع في زمن الخيار [illegible] التصرف [illegible] الاباحة المحضة التي هي بمعنى الاذن في التصرف وتحقق تحصيل الملك
لو للعين الاخرى يحتمل الاول [illegible] المقصود المتعاقدين انما هو الملك فاذا لم يحصل كانت فاسدة ولم يجز التصرف في العين

[illegible]

7

[illegible]

[illegible]

8

[illegible]

المتوسط يتوقف على صحة العقود السابقة والا لم يكن يملك ذلك الثمن مثاله لو كان الفضولي قد باع مال المالك بكتاب ثم باع الكتاب
بسيف ثم باع السيف بثوب ثم باع الثوب بفرس فاجاز المالك بيع الثوب بالفرس فان صحته يتوقف على ملك الثوب وانما يملك
الثوب اذا ملك العوض الذي اشتري به وهو السيف وانما يملك السيف اذا ملك العوض الذي اشتري به وهو الكتاب فظهر ان اجازته
للعقد المتاخر يستلزم اجازة العقود السابقة والا لم يتم فيحكم بصحة تلك كلها حذرا لفعل المسلم على الوجه المعتبر شرعا وهذا الحكم صحيح
هذا المثال ونظايره الا ان حاكم ترتب العقود السابقة على الثمن اعم منه فان من صوره ما لو بيع الثمن وهو الكتاب في هذا المثال كررا
كالو باع ذلك الفضولي بامة ثم باعه المشتري باخرى ثم باعه المشتري الثاني بثالثة فاجاز المالك العقد الاخير فانه يقتضي اجازة ما سبق
بل لا يتم سواء مع انه يصدق عليه ان العقود ترتبت على الثمن ولم يتم الحكم بصحة ما قبل المجاز واما سلسلة العقود على
الثمن فصحة العقود اللاحقة للمجاز مبنية على الاجازة كاشفة ليظهر ملك كل بايع ما اتو حين بيعه وان كان في ثاني الحال اما
لو جعلناها ناقلة للملك من حين الاجازة فالبايع لم يكن مالكا حين بيعه وانما ملك بعده بالاجازة كانت لمالك العين ولم يجز
وعند اجازته للعقد السابق خرج اللاحق عن ملكه فلم يكن الاجازة فيبنى صحة البيع المتاخر على من باع فضوليا ثم انتقل
اليه الملك فان في لزوم البيع ح او توقفه على اجازته ثانيا وجهان وقد ظهر بذلك ان اطلاقهم الحكم في السلسلتين يحتاج الى
تنقيح قوله فان لم يجز كان له انتزاعه من المشتري ويرجع المشتري على البايع بما دفع اليه وما اغترمه من نفقة او عوض عن اجرة
او نماء اذا لم يكن عالما بانه اذا لم يجز المالك البيع يرجع في عين ماله ونمائه متصلا ومنفصلا وعوض منافعه المستوفاة وغيرها
وبقيمة العين ... ذلك او مثله والمعتبر بالقيمة يوم التلف على الاقوى ان كانت التفاوت بسبب السوق وبالاعلى ان كان بسبب
الزيادة العينية كالسمن او الوصفية كالعلم بصنعة ثم نسيانها ثم المشتري يرجع بذلك كله على البايع مع احد الوصفين وهما الجهل
بكونها لغير البايع وادعاء البايع الاذن في البيع ولو رجع عليه المالك بالقيمة مع التلف يرجع بها على البايع وان زادت عن
الثمن المدفوع اليه ولا فرق في ذلك بين ان يكون قد حصل للمشتري نفع في مقابلة ما غرم او لا على الاقوى لغروره ودخوله على ان
يكون ذلك له بغير عوض قوله وان لم يكن كذلك لم يرجع بما اغترمه لانه ح غاصب محض فلا يرجع بشيء بغرمه المالك مطلقا
وقيل لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب هذا هو المشهور بين الاصحاب مطلقين الحكم فيه الشامل لكون الثمن باقيا او تالفا وهو جيد
بكون المشتري قد دفعه اليه وسلطه عليه مع علمه بعدم استحقاقه فيكون بمنزلة الاباحة وهذا يتم مع تلفه اما مع بقائه فلا لانه
ماله وهو مسلطه عليه بمقتضى العقد والحاصل منه انما يوجب نقله عن ملكه لا تمام ما فعه عوضا عن شيء لا يسلم له كما انه لا يتلف لم يكن
اذنا فيه اما مع بقائه فلا خلاف لعموم النصوص الدالة على ذلك بل يحتمل الرجوع بالثمن مطلقا وهو الذي اختاره المص في بعض تحقيقاته
لتحريم تصرف البايع فيه حيث انه اكل مال بالباطل فيكون مضمونا عليه ولولا ادعاء العلامة في كره الاجماع على عدم الرجوع مع التلف
لكان في غاية القوة وحيث لا اجماع عليه مع بقاء العين فيكون القول به متعينا فان قيل كيف يجامع تحريم تصرف البايع في الثمن
عدم رجوع المشتري به في حال فانه ح لا محالة غاصب اكل المال بالباطل فالازم اما جواز تصرفه او جواز الرجوع اليه مطلقا قلنا هذا
الالتزام في محله ومن ثم قلنا ان القول بالرجوع مطلقا متجه لكن لما اجمعوا على عدمه مع التلف كان هو الحجة ويبقى لان تحقق
الاجماع فالامر واضح والاولى الجابر ان يكون عدم جواز رجوع المشتري العالم عقوبة له حيث دفع ماله معاوضا به على محرم وعلى
هذا يكون البايع مخاطبا برده او رد عوضه مع التلف فان بذله اخذه المشتري وان امتنع منه بقي للمشتري في ذمته وان لم
يجز له مطالبته به ونظير ذلك ما لو حلف المنكر على عدم استحقاق المال بذمته فانه لا يجوز ح للمدعي مطالبته ولا مقاصته

ان كان الحق

المصنف فيما ان حكم البيع بالايلاء متوقفا على اجازة المالك والعدد في كون البيع [illegible]

ان كان الحق مستقرا في ذمة المنكر في نفس الامر وذلك لا ينافي تكليفه [illegible] وعقوبة عليه لجرأته ولا فرق في هذا الحكم بين كون البايع غاصبا
محضا مع علم المشتري به وكونه فضوليا اذا لم يجز المالك كما هو مقتضى الغرض قوله وكذا لو باع ما يملك وما لا يملك [illegible] الموقوف
البيع الواحد لان ما هو واحد بالاعتبار من حيث يشتمل على مبيعين مختلفين في الحكم قوله ويقسط الثمن بان يقوما جميعا ثم يقوم
احدهما منفردا ويرجع على البايع بحصته من الثمن والمراد انه يقوم احدهما منفردا ثم ينسب الى المجموع ويؤخذ له من الثمن بتلك النسبة
لا انه يسقط من الثمن بقدر ما يقوم به كما قد يشعر به اطلاق العبارة لان القيمة المذكورة قد يستوجب جميع الثمن او تزيد عليه مثال
ذلك ان يبيعهما معا فاذا قيل قيمتهما عشرون ثم يقوم احدهما المستحق او غيره او لا تفاوت هنا لحصول العلم بقيمة المردود فاذا
قيل قيمة احدهما عشرة فنسبتها الى المجموع النصف فيرجع بنصف الثمن كاينا ما كان وهكذا فلو فرض كون مجموع الثمن عشرة كان المرجوع
الرجوع في المثال خمسة وهي نسبة احدهما الى المجموع فلولا اعتبار النسبة لزم اخذ الثمن والمثمن الباقي بغير عوض وانما يعتبر قيمتهما
مجتمعين اذا لم يكن لاجتماعهما مدخل في زيادة قيمة كل واحد [illegible] مثلا اما لو استلزم اجتماعهما زيادة القيمة
كمصراعي باب كل واحد لمالك فانهما لا يقومان مجتمعين اذ لا يستحق مالك كل واحد حصته منفردة فلا يستحق ما يزيد باجتماعهما
والطريق تقويمهما مثل هذا ان يقوم كل منهما منفردا وينسب قيمة احدهما الى مجموع القيمتين ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة فاذا قوم كل منهما
بعشرة يؤخذ نصف الثمن لانه نسبة احدهما الى المجموع وهذا الحكم في مثال المصنف واضح لانه فرضه في بيع ما يملكه البايع وما لا يملكه
في عقد واحد وفرض كونهما لمالك واحد كما لو باع الفضولي المصراعين معا فاجاز مالكهما احدهما دون الآخر فيقدر بهما مجتمعين كما
او منفردين كما لو كانا لمالكين فظ قوله وللمشتري رد الجميع ان لم يكن له تبعض الصفقة عليه وهذا انما يتم مع جهله
بكون احدهما ملكا لغير البايع اما مع علمه فلا خيار له وكذا القول في كل موضع ثبت فيه الخيار لتبعض الصفقة فانه مقيد بجهل
ذي الخيار بالحال قبل البيع فان قيل كيف يصح البيع في البعض مع ان التراضي انما وقع على المجموع وبه ونحوه يمتنع صحة العقد قلنا
العقد في نفسه صحيح لكنه غير لازم فاذا طرأ على الصحة بطلان البيع في البعض بسبب عدم الاجازة بقي الباقي بحكمه
كما لو ليل على بطلانه بعد الحكم بالصحة غايته ما في الباب جبره بالخيار مع جهله ولو كان عالما فلا اشكال في صحته في البعض
لقدومه على ذلك قوله وكذا لو باع ما يملك وما لا يملكه المسلم فطريق تقويم ذلك ان يقوم الحر لو كان عبدا بالوصف الذي هو
عليه من كبر وصغر وبياض وسواد وغيرها والخمر والخنزير يرجع فيهما الى قيمتهما عند مستحليهما لا بمعنى قبول قولهم في القيمة
لاشتراط عدالة المقوم بل يمكن فرضه في تقويم عدلين قد اسلما عن كفر يشتمل على استحلالهما [illegible] على قيمتهما عندهم
لهم وعدم احتشامهم منهما او قيل يقبل اخبار جماعة منهم كثيرة يؤمن اجتماعهم على الكذب ويحصل بقولهم الظن الغالب المقارب للعلم
امكن ويبقى في المسئلة اشكال من وجهين احدهما ان المشتري لهذين الشيئين ان كان جاهلا بما لا يملك توجه ما ذكر [illegible]
شرائهما فاذا لم يتم له الامر يوزع الثمن اما اذا كان عالما بفساد البيع فيما لا يملك اشكل صحة البيع مع جهله بما يوجبه التقسيط
لافضائه الى الجهل بثمن المبيع حال البيع لانه في قوة بعتك العبد بما يخصه من الالف اذا وزعت عليه وعلى شيء اخر وهو باطل
قد نبه على ذلك العلامة في كره وقال ان البطلان ح ليس بعيدا من الصواب الثاني ان هذا الحكم اعني التوزيع انما يتم ايضا قبل
اقباض المشتري الثمن او بعده مع جهله بالفساد اما مع علمه فيشكل التقسيط لرجوع بقسطه لتسليطه البايع عليه واباحته
له فيكون كالوديعة عند بايع مال غيره كالغاصب وقد تقدم ان الاصحاب لا يجيزون الرجوع بالثمن مطلقا او مع تلفه فينبغي هنا ان لم
الا ان يقال ان الخروج بالاجماع والاشكال انما في [illegible] قائم على خلافه فيقتصر فيه على مورده وهو حسن ان تم قوله والاب والجد يمضي تصرفهما

ما دام الولد غير رشيد وتنقطع ولايتهما بثبوت البلوغ والرشد ومفهوم صدر العبارة زوال الولاية عند ثبوت الرشد وان لم يبلغ لانه
جعل هذه الولاية في زمن عدم الرشد ومفهوم عجزها ان ولايتهما لا تنقطع ما لم يجتمع الوصفان البلوغ والرشد والثاني هو الصواب واما
الاول فمفهومه لا يعول عليه على ما حقق في الاصول وكان الموجب لتعبيره كذلك هنا اثباتا لحكم الولاية لهما عليه وان بلغ وهو في السن دائم
غير رشيد وترك الاحتراز من تحقق الرشد قبل البلوغ لظهور حكم الحجر على الصبي مط ولا يشترط في ثبوت ولايتهما على غير الرشيد استمرار
سفهه قبل البلوغ ليستصحب حكم الولاية لهما عليه من الصغر فلو بلغ ورشد ثم زال رشده لم تعد ولايتهما بل يكون للحاكم وكذا القول في
المجنون قوله ويجوز لهما ان يتوليا طرفي العقد لان هذا هو الاصح وكذا يجوز تولي طرفيه في كل موضع يثبت للمتولي الولاية من الجانبين ولو
بالاستنابة فان المغايرة الاعتبارية كافية في ذلك قوله وهل يجوز ان يتولى طرفي العقد قيل نعم وقيل لا وقيل ان اعلم الموكل
جاز وهو اشبه جواز تولي الوكيل طرفي العقد يقع فيه الاشكال في موضعين احدهما مطلق مباشرة الايجاب والقبول معا والاصح
جوازه كما تقدم والثاني بيعهما وكل فيه من نفسه فقد قيل بالمنع من عدم اذن الموكل فيه صريحا بان يقول له بعه ولو من نفسك
او بيعه هو فيقول اشتريه ولو من نفسي برضي الموكل بذلك والثاني الجواز مع الاطلاق وهذا هو الذي نقل المصنف الاقوى فيه دون الاول
والاصح الجواز مع الاعلام ومع القرينة الدالة على ان الموكل انما يريد البيع لا خصوصية المشتري [illegible] الطرفين بالوكالة عن المشتري ايضا فانه
يصح نظرا الى جواز تولي الطرفين في غيره وان كانت العبارة هنا وقعت مطلقة قوله والوصي لا يمضي تصرفه الا بعد الوفاة والتردد في
تولي طرفي العقد كالوكيل اي في توليه طرفيه لنفسه كما تقدم اما لغيره فيصح بغير تردد من المصنف في المسئلتين والاصح الجواز مط قوله
وقيل يجوز ان يقوم على نفسه ويتقوم اذا كان مليا هذا القول هو المشهور بين الاصحاب وكثير منهم لم يذكر خلافا وشرط بعضهم مع
ملائته الرهن عليه حذرا من افلاسه وزيادة ديونه فيحفظ الرهن مال الطفل [illegible] وكذا يعتبر الاشهاد حفظا للحق لما يعرض له
التقويم على نفسه مع كون البيع صلحة للطفل اذ لا يصح بيع ماله بدونها مط اما الاقتراض فشرطه عدم الاضرار بالطفل وان لم يكن
المصلحة موجودة وقد تقدم تعريف الملاء في الزكوة قوله اما الحاكم وامينه فلا يليان الا على المحجور عليه لصغر او سفه او فلس او حكم
على الغائب يشترط في الصغير عدم الاب والجد له وان علا وفي السفيه [illegible] بعد البلوغ والرشد ولو سفه ما لم يرك
منه ولاية الاب والجد وكذا القول في المجنون والمفلس قوله ولا يكون المشتري مسلما اذا ابتاع عبدا مسلما [illegible] الا ان يريد بالمسلم
من حكم باسلامه ظاهرا لان ذلك هو المتبادر من لفظ المسلم واجراء الاحكام عليه فيدخل فيه فرق المسلمين المحكوم بكفرهم كالخوارج
والنواصب ويكون ان يريد به المسلم حقيقة نظرا الى ان تعيينه او الحكم بكفره يدخل في دليل المنع الدال على انتفاء السبيل للكافر على المسلم
هذا هو الاولى لكن لم اقف على مصرح به في حكم العبد المسلم المخالف [illegible] تردد في كره فيها قوله وقيل يجوز
ولو كان كافرا ويجبر على بيعه والاول اشبه الاشبه اشبه فان الجبر لا ينفي اصل السبيل قوله ولو ابتاع اباه المسلم هل يصح فيه تردد
والاشبه الجواز هذا هو الاقوى وفي حكم الاب كل من ينعتق على الكافر فلو عمم كان اولى وفي حكمه كل شراء يستعقب العتق كالو قال لغيره
عبد غيره ثم اشتراه فانه ينعتق عليه بمجرد الشراء ومثله ما لو قال لغيره اعتق عبدك المسلم عني وعلي ثمنه ان سوغناه فانه شراء
ضمني وانما يمتنع دخول العبد المسلم في ملك الكافر اختيارا كالشراء والاتهاب ونحوهما لا بغيره كالارث ولو اسلم عبد الكافر فلا
بل يجبر على بيعه بثمن المثل على الفور ان وجد راغب والا حيل بينهما بمسلم الى ان يوجد الراغب ونفقته زمن المهلة عليه وكسبه له
وفي حكم البيع الاجارة الواقعة على عينه اما على ذمته فالاجود الصحة كالو استدان منه وكذا الرهن عنده اما لو وضع على يد مسلم فلا [illegible]
عارية له قولان اجودهما المنع وفي ابداعه وجهان اجودهما الصحة لانه فيه ليس سبيلا قوله وكذا لو ابتاع الكافر مصحفا [illegible] لعدم

ما لاهو

ما لاهو فاد شرعا لاعتبار بما ورد في الخواص من منافعهما فانها مع ذلك لا تقاوم الا قوله عدا الكلبية لانه طاهر ينتفع به نفعا ظاهرا
فيجوز بيعه واخذ العوض عليه في اجارة الظئر خلافا لبعض العامة قوله ولا ما يشترك المسلمون فيه قبل حيازته [illegible] هذا اذا كانت
مباحا ليتوقف ملكها على الحيازة اما لو كانت في ملكه فالوجه انها تبع الملك [illegible]
كره [illegible] الكلاء والماء الا ان [illegible] قوله والارض الماخوذة عنوة وقيل يجوز
بيعها تبعا هذا القول قوي وقد تقدم البحث فيها في الجهاد قوله وفي بيع بيوت مكة تردد والمروي المنع قال الشيخ ره من بيع بيوت
مكة واجارتها ومنع المسلمين من سكناها الا ما كانت خالية بالخبر واية الاسرى والمسجد الحرام [illegible] والمشهور
الجواز وعليه العمل وتسميته مكة مسجدا مجاز للحرمة والشرف والمجاورة وقد اضاف الله سبحانه دورها الى اربابها في قوله للفقراء
المهاجرين الذين اخرجوا من ديارهم والمفهوم منه الملك قوله اما الماء في البئر فهو ملك لمن استنبطه وماء النهر لمن حفره فيجوز
جملة وبيع بعضه كيلا ووزنا ومشاهدة اذا ولو على الشاطئ لانه مال مملوك متمول قوله فلا يصح بيع الوقف ما لم يؤد بقاؤه الى خرابه
لاختلاف بين اربابه ويكون البيع اعود على الاظهر قد اضطربت فتوى الاصحاب في هذه المسئلة اضطرابا عظيما حتى من الرجل الواحد
في الكتاب الواحد كما وقع للمصنف ره فانه هنا شرط في جواز بيعه تلك الشرايط الثلاثة خلاف اربابه بحيث يؤدي بقاؤه الى خرابه وكون البيع
اعود وفي الوقف اكتفى في الجواز بوقوع الخلف بين اربابه بحيث يخشى خرابه فاكتفى بخوف الخراب وهنا شرط الاداء اليه ولم يشترط هناك
كون البيع اعود والاقوى في هذه المسئلة ما دلت عليه صحيحة علي بن مهزيار من جواز البيع اذا وقع بين اربابه الوقف خلف شديد
وعلله بانه ربما جاء فيه تلف الاموال والنفوس والظاهر خوف ذلك اليهما او الى احدهما ليس شرطا بل ظاهره انه عرضة لذلك
على هذه الصورة لا دليل عليه نعم في رواية جعفر بن حيان جواز بيعه مع حاجة اربابه بحيث لا يكفيهم غلته اذا اتفقوا عليه
وكان البيع خيرا لهم وعمل بها بعض الاصحاب وفي سندها ضعف لجعفر بن حيان وزاد بعضهم ما لو خرب وتعطل ولم يبق فيه نفع
على الوجه الذي اصلا وهو حسن لفوات الغرض من الوقف من تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة وذلك كما لو خلقت حصير المسجد او جذعه
بحيث لا يصلحان للانتفاع فيه فيجوز بيعهما للوقود ونحوه وباقي الاقسام [illegible] دليل المنع وحيث يجوز البيع يشترى بثمنه
ما يكون وقفا على تلك الوجه ان امكن ويجب تحصيل الاقرب الى صفة الموقوف الاول فالاقرب والمتولي لذلك الناظر الخاص ان كان او
الموقوف عليه ان كان منحصرا والا فالناظر العام قوله ولا بيع ام الولد ما لم يمت ولدها الا في ثمن رقبتها مع اعسار مولاها في
اشتراط موت المالك تردد والاقوى عدم اشتراطه لاطلاق النص والمراد باعساره ان لا يكون له من المال ما يوفي به ذلك على
المستثنيات في وفاء الدين وهذا الفرد المستثنى مورد النص وقد الحق بها الاصحاب مواضع اخر كبيعها اذا مات قريبها المعتق
وتوقف بيعها على من ينعتق عليه وبشرط العتق على قول واذا جنت على غير المولى فيدفع ثمنها او رقبتها في الجناية واذا كان علوقها بعد
الارتهان او بعد الافلاس واذا عجز عن نفقتها واذا مات مولاها ولم يخلف سواها وعليه دين مستغرق لها لا يتقوم عنه ثمنها وفي
كفنه اذا لم يخلف سواها واذا اسلمت قبل مولاها الكافر واذا كان ولدها غير وارث [illegible] ما لو جنت على مولاها او قتلته
خطأ قوله ولا بيع الرهن الا مع الاذن يجوز كون المحكوم بعدم جواز بيعه للرهن هو الراهن والمرتهن اما الراهن فظاهر لانه لا يجوز
بيعه للرهن الا مع اذن المرتهن لانه ممنوع من التصرف فيه واما المرتهن فلا يجوز له بيع الرهن مط بل على بعض الوجوه او لا يجوز مط كما اطلقه
جماعة منهم المصنف في باب لا يجوز بيعه من حيث هو مرتهن [illegible] من حيث كونه وكيلا لا غير
قوله ولا يمنع جناية العبد من بيعه ولا من عتقه عمدا كانت الجناية او خطأ على تردد في العمد قد ابطل الشيخ بيعه [illegible]

عليه بين استرقاقه وقتله وهو غير مانع من صحة البيع لعدم اقتضائه خروجه عن ملك مالكه نعم يصير لزوم البيع مراعا برضا المجني
عليه بعد اثره ما لم يتخير قبل وكذا المولى لزم البيع فان قتله او استرقه بطل ولو كان المشتري جاهلا بالجناية تخير في الفسخ
لانتفاء قبل استقرار حاله لانه عيب في الجملة وفي معرض التلف ولو كانت الجناية خطأ كان التخيير للمولى بين بذله وفداه باقل
الامرين من قيمته وارش الجناية فان ارش الجناية ان كان اقل من قيمته فهو اللازم بمقتضاها وان كانت القيمة اقل فالجاني لا يجني
على اكثر من نفسه فيصح البيع ويكون التزاما بالفداء على اصح القولين ثم ان فداه والا جاز للمجني عليه استرقاقه فينفسخ البيع لان
حقه اسبق وللمشتري الخيار ايضا اذا لم يعلم ببقاء الحق في رقبته فان فسخ رجع بالثمن وكذا ان لم يفسخ وكانت الجناية مستوعبة
لقيمته فاخذه بها فان المشتري يرجع بالثمن ايضا وان كانت غير مستوعبة لرقبته رجع بقدر الارش ولو كان عالما بعيبه
يتعلق الحق به لم يرجع بشيء لانه اشترى معيبا عالما بعيبه ثم ان فداه السيد او المشتري فالبيع بحاله والا بطل مع الاستيفاء
وفداه المشتري لم يكن له ان يرجع عليه بشيء لانه تبرع بغير اذنه قوله ولا يصح بيع الآبق منفردا ويصح منضما الى ما يصح بيعه
الى ما يصح بيعه منفردا فيصح جميعه الى الآبق وما لا يصح بيع المنفرد وغيره ويعتبر كونه من مال العبد يستحق جميع
اذ لو كانت من غيره لم يستحق شيئا فيمتنع بحثه بعيد يجيء وهو الظاهر عليه دليل على هذه وكا يجوز بيع الواحد منفردا
الا كذلك كان مع الثمن المتمول الآبق اخرج ايضا لوجود المقتضي في الجميع وانما يمتنع بيع الآبق مع تعذر تسليمه فلو لم يكن
ان حصل انقياد لو كان للمشتري خاصة فالاقوى الجواز ولا يلحق به غيره مما في معناه كالبعير الشارد والفرس الغائر على الاقوى
اقتصارا فيما خالف الاصل على المنصوص فعلى هذا يبطل البيع للغرر ويحتمل الصحة مراعاة بالتسليم قوله ولم يظفر به لم
يكن له رجوع على البائع وكان الثمن مقابلا للضميمة بمعنى انه لا يوزع عليها وعلى الآبق بل يرجع بحصته منه لتنزيل الآبق
بالنسبة الى الثمن منزلة المعدوم وليس المراد ان الآبق يخرج عن كونه مبيعا ليحصل الثمن في الضميمة اذا تعذر تحصيله كما هو
ظاهر العبارة بل ظاهر عبارة الجميع لان الآبق جزء من المبيع والبيع قد وقع عليهما والقدرة على تسليمه ليست شرطا في
البيع ومقتضى البيع توزيع الثمن على جميع المبيع فلما تخيل من ذلك رجوع المشتري بشيء عند تعذر قبضه بين انه لا يتم ولم
ان الثمن في مقابلة الضميمة والمراد انه يستحق ما يسمى بازائه من القيمة وينتفي الفائدة في دخول الآبق في ملك المشتري
وان لم يقدر على تحصيله فيصح لعتقه عن الكفارة وغيرها مما يترتب على الملك ويشترط في الآبق ما يشترط في سائر المبيع في
القدرة على التسليم ليتحصل احكام البيع كذلك ويعتبر كونه معلوما عند المشتري بالمشاهدة او الوصف الرافع للجهالة وجوده عند
العقد فلو ظهر تالفا حينئذ او مستحقا لغير البائع او مخالفا للوصف البائع او معيبا في الجملة يبقدر ذلك ثم في صحة البيع كلا
ارشا ولا ردا او يلحق كل واحد حكمه فيبطل في الاوليين ويتخير في الاخيرين قوله ويصح بيع ما جرت العادة بعوده كالحمام
للعادة متنزلا للعادة منزلة الواقع فيكون بمنزلة بيع العبد المنفذ في الاشغال والدابة المرسلة في المرعى ونحوها والعلاج
فيه في المعتبر بسبب انتفاء القدرة في الحال على التسليم وان عوده غير موثوق به اذ ليس له عقل باعث وهو احتمال موجه وان
كان الاول اقوى قوله والسمك المملوك المشاهد في المياه المحصورة المعتبر في المشاهدة ما يرتفع به الغرر فلا يعتبر عدده في
لان ذلك مع شرطين في صحة بيع السمك في الماء وصرح به العلامة في التذكرة واشترط مع ما ذكر شرطا اخر وهو امكان صيده فلو كانت
الماء نائية يمكن محصورة لكنها كبيرة جدا لا يمنع من صيده عادة لم يجز وهو حسن قوله ولو باع ما يتعذر تسليمه الا بعد مدة
فيه تردد ولو قيل بالجواز مع ثبوت الخيار للمشتري كان قويا منشأ التردد من العجز الحالي عن التسليم في الجملة فيه

وهو قوات المنفعة قبل الامكان والاقوى الجواز ثم ان كان المشتري عالما بالحال فلا خيار له والا ثبت الخيار قوله كان مضمونا
عليه بقيمته يوم قبضه وقيل باعلى القيم قد تقدم ان البيع الفاسد مضمون على القابض لكن لم يذكر كيفية الضمان ولما
وجه ما اختاره من حكمه بقيمته يوم القبض انه مضمون عليه لان ذلك الوقت سبب في دخول البيع المضمون به كما يضمن المغصوب
انه زيادة العين مضمونة مع بقائها فكذا مع تلفها ولانه في كل وقت مخاطب بردها العين فالانتقال الى القيمة انما هو
تعذر دفعها فضعف القول بضمانها بالقيمة عند القبض والظاهر ان القول الثاني اقوى لكن بشرط ان يكون التفاوت بسبب نقص
العين او زيادة فلو كان باختلاف السوق لم يضمن واعتبر قيمتها يوم التلف ولا يخفى ان هذا كله في القيمي اما في المثلي فيضمن بمثله
فان تعذر فبقيمته يوم الاعواز على الاقوى وكما يضمن العين يضمن منافعها سواء استوفاها ام لا على الاقوى قوله ولو زاد
بفعل المشتري كان له قيمة الزيادة وان لم يكن عينا هذا مع جهله اما مع علمه فليس له الا الزيادة العينية التي يمكن فصلها اما في
كالصنعة لا يستحق بسببها شيئا مع الجهالة فكذا مع العلم بحكم الغاصب وهذا الموجه الاحوال في المسئلة والمصنف لم يذكر فيها خلافا
طامع انه اشارة اليه بمحضه قوله فلا يجوز مع ما يكال او يوزن او يعد جزافا هذا هو المشهور وعليه الفتوى وذهب بعض
الاصحاب الى الجواز مع المشاهدة وهو ضعيف قوله ولو كان مشاهدا كالصبرة وجوز ابن الجنيد بيع الصبرة مع المشاهدة دون غيرها
فلذلك خصها المصنف بالذكر وهو ضعيف قوله ولا يجوز ابتياع شيء مقدر منه اذا لم يكن متساوي الاجزاء كالذراع من الثوب
اي شيء مقدر غير معين كذراع منه اما لو باع معينه في جهة كالوقال من هذا الطرف الى حيث ينتهي فهي صحة قولان اجودهما الصحة
لانتفاء الغرر بذلك ولو قصد المعين الاشاعة وكان المجموع معلوم القدر كذراع من ثوب عشرة اذرع صح بها وكان شريكا
بالنسبة ولو اختلفا في القصد قدم قول مدعي الاشاعة ترجيحا لجانب الصحة قوله او الجريب من الارض والجريب من الارض في الطعام
مقدار معلوم قال الجوهري وقيل ان مقداره من الارض عشرة اذرع قوله وكذا يجوز لو كان من اصل مجهول لكونه من صبرة
مجهولة القدر اذا علم اشتمالها على المبيع والا فاحتمل تنزيله على الاشاعة او بكون المبيع مملوكا في الجملة ووجهان اقربهما الثاني
الفائدة فيما لو تلف بعضها فعلى الاشاعة يتلف من المبيع بالنسبة وعلى الثاني يبقى البيع ما بقي قدر المبتاع قوله واذا تعذر
عدها جعل ... ان يعتبر بكيال ويؤخذ بحسابه قد ينبغي ان يراد بالتعذر هنا المشقة والتعسر على حد التجوز لا حقيقة
التعذر وقد عبر الشهيد بالتعسر وهو جيد وانما عبر المصنف وغيره بالتعذر تبعا للحديث عن الصادق عليه السلام حين سئل
عن الجوز لا نستطيع ان يعده فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقي على حساب ذلك من المعدود فقال لا باس به ويلحق بالمعدود
والمكيل حيث يشق وزنه بان كيل ما لو قد سئل الصادق عليه السلام اشترى مائة راوية زيتا فاعترض راوية او راويتين فاتزنهما
ثم اخذ سايره على قدر ذلك فقال لا باس وليس في هذه الرواية تقييد بالعجز ولا المشقة وينبغي القول بجوازه مطلقا ولروايته ولزوال
الغرر بذلك بحصول العلم والتفاوت اليسير مغتفر كما في اختلاف المكاييل والموازين ولا قائل بالفرق بين الثلاثة حتى تترك
القول بالاجزاء في الموزون خاصة للرواية ولان المعدود ادخل في الجهالة ولعل ضبطا قوله ويجوز بيع الثوب والارض مع
المشاهدة وان لم يمسحا ولو مسحا كان احوط للتفاوت الغرض في ذلك وتعذره وذكر المشاهدة فقيل بذكره الجهل بها موجب لبيعها
بالمشاهدة والظاهر انه اراد به من اهل العلم كافة فاذكره المصنف من الاحتياط ليس على جهة الكلام لما كان الوضوح ونقل في
ثوبين في الخلاف المنع ولعله اشار بالاحتياط اليه والمراد بمشاهدة الثوب الكافية في صحة بيعه مشاهدته منشورا فلو كان مطويا
لم يكف الا مع تقليبه على وجه يوجب معرفته كما لو كان غير متفاوت ولا منقوش بعضا مختلف ونحوه في مطاويه ومثله القول في البسط

والرمال ونحوها قوله ويكون مشاهدة المبيع من صغره او يغلب وقت الابتياع الان بمعنى تدوم العادة بتغير المبيع فيها بتة
في النقل خلاف بعض العامة حيث اشترط مقارنة الرؤية للبيع فلو تقدمت بطل عنده واجماعا واكثر اهل العلم على خلافه لكن يشترط
لا يكون ما يتغير في تلك المدة عادة والا بطل البيع لانه جهاله قوله وان اختلفا فيه فالقول قول المبتاع مع يمينه على رده ورجح
الرؤية من ان البائع يدعي عليه الاطلاع على المبيع على الصفة الموجودة والرضا به والمشتري ينكره فيكون القول قوله لاصالة عدمه
ومن تحقق الاطلاع القديم المجوز للبيع واصالة عدم التغيير ولزوم العقد فيكون القول قول البائع والاول اقوى لما ذكر ولان الاصل
عدم وصول حقه فيكون في معنى المنكر ولو كان صورة المدعي يختلف على ان المبيع ليس بالصفة التي اشتراها عليها والمعتبر من التغير
للتخير هنا ما يسبب التمن لاختلاف الابتياع بمثله غالبا او يوجب اختلاف الرغبات فيه بالجملة فالرؤية بمنزلة اشتراط الصفات الكائنة عند
الرؤية فكلما فات منها كان كالوصف الخلف بالشرط فرع لو اتفقا على تغيره لكن اختلفا في تقدمه على البيع وتأخره فان شهد
القرائن باحدهما حكم به من غير يمين وان احتمل الامران فالوجهان من اصالة عدم وصول حق المشتري اليه واصالة عدم تقدم التغير
قوله وهل يصح شراؤه من غير اختبار ولا وصف على ان الاصل الصحة فيه تردد والاولى الجواز موضع الخلاف ما لو كان المبيع
بحيث يرتفع الجهالة عنه معرفة القوام واللون وغيرهما ما يختلف عنه الطعم والريح ونحو ذلك فالاقوى صحة البيع لحاله على مقتضى
طبعه فان ظهر بخلاف المعروف منه تخير المشتري فان طعم العسل والدبس وريح المسك ونحوها امر مضبوط عرفا فيجوز
على مقتضى طبعه او ليس المراد ما حصل شرط العلم بالمبيع ان يرتفع الجهالة عنه بكل وجه فان رؤية ظاهر الصبرة ونحوها كاف مع
احتمال المخالفة وكذلك البيع بالوصف قوله ويتساوى في ذلك الاعمى والمبصر نبه بذلك على خلاف سلار حيث ذهب الى
تخير الاعمى بين الرد والارش وان تصرف ورجح ذلك في العبارة اشارة الى قوله ويتعين الارش مع احداث حدث فيه المتصل به
قوله فان شراؤه جائز مع جهالة ما في بطونه ويثبت للمشتري الارش بالاختيار مع العيب دون الرد مقتضى اطلاق العبارة جواز
شرائه مطلقا من غير اشتراط الصحة ويكون الاطلاق منزلا عليه وفي بعض عبارات الاصحاب جاز شراؤه بشرط الصحة وفي عبارة
الشيخ وجماعة بشرط الصحة والبراءة من العيوب وعبارة المصنف اجود ثم ان اطلق اقتضى الصحة ورجع بارش العيب مع ظهوره
بعد الكسر ولا رد للتصرف وان شرط البائع البراءة من العيوب صح ولا خيار لو ظهر معيبا كذا اطلقه الجماعة ويشكل فيما لو ظهر كله
معيبا ولم يكن لمكسوره قيمة كالبيض فان مقتضى الشرط رجوعه بالثمن كله لعدم وجود ما يقابله وهو مناف لمقتضى العقد
او لا شيء في مقابلة الثمن حتى فيكون اكل مال بالباطل فيتجه بطلان الشرط وقد نبه على هذا في س قوله وان لم يكن لمكسوره قيمة
رجع بالثمن كله بمعنى بطلان البيع لعدم وجود عوض في مقابلة الثمن لكن هل الحكم ببطلان البيع من اصله نظر الى عدم
تقويم الثمن في نفس الامر من حين العقد ام من حين ظهور الفساد لانه كان مالا متقوما ظاهرا وجهان وتظهر الفائدة فيما لو تبرأ
البائع من عيبه وفيما لو احتاج الى مؤنة لنقله وكسره والذي يظهر ان المؤنة على المشتري مطلقا لعدم المقتضي لرجوعه بها وان كان الفعل
في ملك غيره وقد عرفت حكم التبري من العيب في ذلك فينبغي ان نتحقق الخلاف قوله ولا يجوز بيع سمك الآجام ولو كان مملوكا لجهالته ولو
ضم اليه القصب او غيره على الاصح المراد به السمك الذي ليس بمشاهد ولا محصور كما يظهر من اضافته الى الآجام والآجام جمع اجمة بالتحريك
وهي غابة القصب والقول بالجواز مع الضميمة مذهب الشيخ وجماعة استنادا الى اخبار ضعيفة والذي اختاره المتأخرون ان المقصود
بالبيع ان كان هو القصب وجعل السمك تابعا له صح البيع وان انعكس او كانا مقصودين لم يصح وهو الاقوى وكذا القول في كل مجهول
ضم الى معلوم كالحمل واللبن الذي في الضرع وغيرهما قوله وكذا اللبن في الضرع وان ضم اليه ما يحتلب منه وجوزه الشيخ مع الضميمة

ولو الى ابن الجنيد من ضميمة معلومة استنادا الى رواية ضعيفة والوجه المنع الا على التفصيل السابق ثم لو صالح على ما في الضرع او على ما
سيوجد مدة معلومة فالاجود الصحة قوله وكذا الجلود والاصواف والاوبار والشعر على الانعام اي لا يصح بيع جميع ذلك ولا كل
واحد منها منفردا ولا منضما لجهالة المقدار ولان ما عدا الجلود من المذكورات موزون كالثمرة على الشجرة وان كان موجودا
لو قلع كالثمرة وفي بعض الاخبار ولا باس به ويتبع معه لتجزه في الحال او شرط ما يجز منها مدة معلومة قوله وكذا ما في
وكذا اذا ضم اليه الضمير المثنى يعود الى النوعين السابقين وهما ما في البطون وهما من الصوف والشعر والوبر والمراد انه لا يصح
بيع كل واحد منهما منفردا ولا منضما الى غيره ولا احدهما منضما الى الآخر وحينئذ فان بيع ما على الظهور من المذكورات صحيح يجوز
ضم ما في البطن اليه اذا كان المقصود بالذات هو ما على الظهر كما تقدم في القاعدة وكذا يصح بيعه مع ضميمة الى الكل معقود
كالحامل وغيرها قوله المسك طاهر ويجوز بيعه في فاره وان لم يفتق وفتقه احوط فاره بالهمزة جمع فارة بالهمزة ايضا
وغيره وهو الجلدة المشتملة على المسك يجوز بيعه فيه وان لم يفتق بناء على اصل السلامة فان ظهر بعد الفتق معيبا الزم حكمه والمراد
بفتقه على ما ذكره جماعة ادخال خيط فيه ثم اخراجه وشمه قوله يجوز ان يندر للظروف ما يحتمل الزيادة والنقيصة ولا يجوز
وضع ما يزيد الا بالمراضاة الاندار بالدال المهملة الاسقاط والمراد اسقاط قدر معين للظروف ويحتمل كونه مما يبالك
ان يزيد يسيرا او ينقص يسيرا او لو علم يقينا زيادة المسقط على وزنها لم يصح الا بتراضي المتبايعين لان ذلك تضييع المال
احدهما الا ان يكون برضاهما ولم لا يجوز وضع ما يزيد كذا ما ينقص لاشتراكهما في المعنى والمراد بيعه بالظروف مع غيره
جعل مجموع الموزون من الظرف والمظروف بيع رطل ولا يضر جهل وزن كل واحد لان معرفة الجملة كافية كنظايره ومما يباع
قوله يستحب ان يتفقه فيما يتولاه المراد بالتفقه هنا العلم بالاحكام الشرعية المتعلقة بما يزاوله من التجارة ولو بالتقليد
ليصح العقد من فاسده ويسلم من الربا ويعمل بمقتضى احكامه وقد قال علي عليه السلام من اتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا ثم ارتطم وكان
يقول على المنبر يا معشر التجار الفقه ثم المتجر والله للربا في هذه الامة اخفى من دبيب النملة على الصفا التاجر فاجر والفاجر في النار الا
من اخذ الحق واعطى الحق قوله وان يسوي البائع بين المتبايعين في الانصاف بمعنى انه لا تفاوت بينهم بسبب المماكسة وعدمها
بين الصغير والكبير ونحوها اما لو فاوت بينهما بسبب الفضل والدين فلا باس قوله وان يقيل من استقاله فعن ابي عبد الله عليه السلام
قال ايما عبد مسلم اقال مسلما في بيع اقاله الله عثرته يوم القيامة قوله وان يشهد الشهادتين وان يكبر الله تعالى اذا اشترى
وليكن التكبير ثلاثا وليقل بعده اللهم اني اشتريته التمس فيه من فضلك فاجعل لي فيه فضلا اللهم اني اشتريته التمس فيه
رزقا فاجعل لي فيه رزقا ولا يعدل بعدها الشراء قوله وان يقبض لنفسه ناقصا ويعطي راجحا ولو تنازعا في تحصيل الفضيلة
قدم من بيده الميزان والمكيال قوله ويكره مدح البائع لما يبيعه وذم المشتري لما يشتريه لقوله من باع واشترى فليحفظ
خمس خصال والا فلا يشتري ولا يبيع الربا والحلف وكتمان العيب والحمد اذا باع والذم اذا اشترى ولو دم سلعة ونفسه صادق
فلا باس قوله واليمين على البيع وكذا الشراء قال الكاظم عليه السلام ثلاثة لا ينظر الله اليهم احدهم رجل اتخذ الله عز وجل بضاعة
لا يشتري الا بيمين ولا يبيع الا بيمين قوله والبيع في موضع يستتر فيه العيوب كالموضع المظلم عندلس الغش قال هشام بن
الحكم كنت ابيع السابري في الظلال فمر بي الكاظم عليه السلام فقال يا هشام ان البيع في الظلال غش والغش لا يحل ومثله الظهار
الشائع وكتم رديته فقد قال النبي صلى الله عليه وآله لرجل يبيع التمر يا فلان اما علمت انه ليس من المسلمين من غشهم قوله والربح على المؤمن الا مع
الضرورة يؤمن ربح قوت يومه مؤنتنا على سائر المسلمين المؤمنين فوق ذلك اليوم هذا اذا اشتري منه للقوت وكان بائعه دون قدرهم

فضلعه اما لو اشترى للتجارة فلا بأس وقال الصادق عليه السلام ربح المؤمن على المؤمن حرام الا ان يشتري باكثر من مائة درهم فاربح
عليه قوت يومك او يشتريه للتجارة فاربحوا عليهم وارفقوا بهم قوله وعلى من يعده بالاحسان بان يقول له هلم احسن اليك فيجعل
الموعود مترك الربح عليه قال الصادق عليه السلام اذا قال الرجل هلم احسن بيعك يحرم عليه الربح قوله والسوم ما بين طلوع الفجر الى
طلوع الشمس اي الاشتغال بالتجارة في ذلك الوقت لانه وقت دعاء ومسألة وفي الحديث ان الدعاء ابلغ من طلب الرزق في
الضرب في البلاد وفي خبر آخر نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن السوم ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس قوله ومبايعة الادنين قيدوا
بمن لا يبالي بما قال ولا ما قيل فيه وبالذي لا يسره الاحسان ولا يسوءه الاساءة وبالذي يحاسب على الدون والسفلة بمعناهم وفي
الحديث النهي عن معاملة ومخالطة من لم ينشأ في الخير قوله وذوي العاهات اي ذوي النقص في ابدانهم وعلل في عدة اخبار
بانهم اظلم شيء قوله والاكراد للحديث عن الصادق عليه السلام وفيه النهي عن مخالطتهم وعلله بان الاكراد حي من احياء الجن كشف
الله عنهم الغطاء قوله والتعرض للكيل او الوزن اذا لم يحسنه حذرا من الزيادة والنقصان المؤديين الى الحرام وفي الخبر النهي
عنه وحرمه بعض الاصحاب قوله والاستحطاط من الثمن بعد العقد للنهي عنه عن الصادق عليه السلام والوضيعة بعد العقد
حرام والمراد تاكيد الكراهة قوله والزيادة في السلعة وقت النداء بل يصبر حتى يسكت ثم يزيد ان اراد قال الصادق عليه السلام كان امير
المؤمنين عليه السلام يقول اذا نادى المنادي فليس لك ان تزيد وانما يحرم الزيادة النداء ويحلها السكوت قوله ودخول المؤمن
في سوم اخيه على الاظهر المراد بالدخول في سومه ان يطلب المتاع الذي يريد ان يشتريه بزيادة في الثمن لتقديم او
يبذل للمشتري متاعا غير ما اتفق عليه هو والبايع وقد نهي عنه في الاخبار قال النبي صلى الله عليه وآله لا يسوم الرجل على سوم اخيه
وهو خبر معناه النهي والاصل في النهي التحريم ومن ثم ذهب الشيخ وجماعة الى التحريم واستظهر المصنف الكراهة للاصل وللجهل
بسند الحديث ولو صح تعين القول بالتحريم وانما يحرم او يكره بعد تراضيهما او قربه فلو ظهر منه ما يدل على عدم الرضا وطلب
الزيادة او جهل حاله لم يحرم ولم يكره اتفاقا ولو طلب الداخل من الطالب الترك لم يحرم وفي كراهته وجه ولا كراهة في ترك
الملتمس منه قطعا بل ربما استحبت اجابته اذا كان مؤمنا قوله وان يتوكل حاضر لباد وقيل يحرم والاول اشبه المراد
بالباد الغريب الجالب للبلد اعم من كونه من البادية او قرويا ومعناه ان يحمل البدوي او القروي متاعه الى بلد فيأتيه البلدي
ويقول انا ابيعه لك باعلى مما تبيعه به قبل ان يعرف السعر ويقول انا ابيع لك فيكون سمسارا وقد ورد النهي عنه ايضا قال لا
يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض والكلام في دلالته على التحريم وفي سنده كما تقدم وقد شرطوا في تحريمه او
كراهته شروطا خمسة الاول ان يكون الحاضر عالما بورود النهي وهو شرط في جميع المناهي الثاني ان يظهر من ذلك سعة في
البلد فلو لم يظهر اما لكبر البلد او لعموم وجوده ورخص السعر فلا تحريم ولا كراهة لان المقتضي للنهي تفويت الربح وتعذر الرزق على
الناس وليس هنا الثالث ان يكون المتاع المجلوب مما تعم الحاجة اليه فما لا يحتاج اليه الا نادرا لا يدخل تحت النهي الرابع ان يعرض
الحضري ذلك على البدوي ويدعوه اليه فان التمس الغريب ذلك لم يكن به بأس الخامس ان يكون الغريب جاهلا بسعر البلد فلو
علم به لم يكره بل يكون مساعدة محضة للخير وفي اشتراط بعض هذه الشروط نظر لاطلاق النص وعدم منافاة التعليل لها الاخير
فالتعليل يشعر به وعلى القول بالتحريم لو وقع البيع صح وكذا ما بعده من الشراء للبلدي له للاصل وعدم تناول النهي له قوله وتلقي الركبان
مكروه وحده اربعة فراسخ اذا قصده ولا يكره ان اتفق وقيل اطلق المصنف القول بالكراهة هنا وفي الخلاف والكلام فيما سبق في
ذهب جماعة الى التحريم عملا بظاهر النهي الوارد في الاخبار روى منهال القصاب عن الصادق عليه السلام انه قال لا تلق ولا تشتر ما يلقى ولا

تأكلونه

تأكلونه والاصل فيه التحريم فحمله على الكراهة ليس بجيد نعم يكون ردية بما انه لم يعض سنده ومستند ظاهر وجه ما اختاره المصنف
جماعة من الكراهة عملا بالاصل ويكفي في اثبات الكراهة امثال ذلك المراد بالتلقي الخروج اربعة فراسخ فما دون الى الركب القاصد
الى بلد للبيع عليهم او الشراء منهم فهنا قيود الاول كون الخروج بقصد ذلك فلو خرج لا له فاتفق الركب لم يكره وهل
يحرم الثاني تحقق مسمى الخروج من البلد فلو تلقى الركب فتلقى البعض الخارج فيل فظ النهي ايضا ويشكل الصدق التلقي الخارج
منه الآن فبقال لا نصدق على البعض اسم الركب الثالث ان لا يتجاوز به اربعة فراسخ فلو زاد كان سفرا للتجارة ولا بأس به
الرابع جهل الركب بسعر البلد فيما يبيعه ويشتريه فلو علم بها او بأحدهما لم يثبت الحكم فيه كما يشعر به التعليل في بعض الاخبار
لا يتلقى احدكم تجارة خارجا من المصر والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض والظاهر ان الاعتبار بعلم من يعامله خاصة
الخامس ان يكون التلقي للبيع او الشراء منه فلو خرج لغيرهما من المقاصد ولو في بعض المعاملات كالاجارة لم يثبت الحكم
وفي الحاق الصلح وغيره من عقود المعاوضات بحثان للعلة وعدمه اقتصارا فيما خالف الاصل على المتيقن ولعل الالحاق هنا
هنا اقوى ويحتمل قصر الحكم على الشراء منهم خاصة نظرا الى قوله عليه السلام لا يتلقى احدكم تجارة ولو قلنا بالتعميم فينبغي قصره
على البيع الى ما فيه خطر وغبن فلو خرج ليبيع عليهم المأكول ونحوه فلا بأس اذا تقرر ذلك فمع تحقق الخروج واشترى منهم
او باع عليهم انعقد البيع وان قلنا بالتحريم لان النهي عن امر خارج عن حقيقة البيع خلافا لابن الجنيد ثم ان ظهر غبن
تخير الركب بين فسخ البيع وامضائه والاقوى انه على الفور اقتصارا فيما خالف عموم لزوم البيع والوفاء بالعقد على موضع
اليقين ووجه التراخي ان ثبوت اصل الخيار اجماعي فيستصحب الى ان يثبت المزيل واختاره المصنف هنا وهو خيره قوله
كذا حكم النجش وهو ان يزيد لزيادة من يريد ويحتمل كون المشبه به النجش بمجموع الحكم السابق وهو الكراهة مع صحة البيع و
ثبوت الخيار وكونه على التراخي على الخلاف وهذه الجملة احد الاقوال في المسألة ويكون كونه الاخير وهو كون الخيار فيه على التراخي
وهو يستلزم صحة البيع ولا يكون متعرضا للحكم من حيث التحريم او الكراهة والاقوى تحريمه لانه غش وخديعة وثبوت باقي الاحكام
السابقة وما ذهب اليه المصنف غير جيد لان الزيادة لو زادت من دون البايع يكون من المشتري المخدوع وهو لا يتعلق به تحريم ولا كراهة
اجماعا وانما المحرم نفس تلك الزيادة من الخارج التي اوجبت انخداع المشتري في تعريضه لها والزيادة في السلعة من كلا يريد
شراءها لخصوصه عليه وان لم يكن بمواطاة البايع فاذا اتفق ذلك فالبيع صحيح وتخير المشتري مع ظهور الغبن كما تقدم وقيل لا
خيار هنا وقيل بثبوته مع مواطاة البايع لا بغيره والاول اقوى وفي حكمه ما لو قال البايع اعطيت في هذه السلعة كذا فصدقه المشتري
فانه يتخير لو ظهر الغبن وان كان البايع صادقا ولو كان كاذبا فكالنجش في التحريم ويزيد عنه بالكذب ولا يلحق به ترك
الزيادة في السلعة ليشتريها بالثمن القليل للاصل قوله الاحتكار مكروه وقيل حرام والاول اشبه الاحتكار افتعال من
الحكرة بالضم وهو جمع الطعام وحبسه يتربص به الغلاء والاقوى تحريمه لصحيحة اسماعيل بن زياد عن الصادق عليه السلام قال قال
رسول الله صلى الله عليه وآله لا يحتكر الطعام الا خاطئ والمراد به فاعل الذنب وقال صلى الله عليه وآله الجالب مرزوق والمحتكر ملعون والقول بالكراهة للشيخ
في المبسوط وجماعة لقول الصادق عليه السلام يكره ان يحتكر الطعام وجوابه ان القول بالموجب فان المكروه احد معاني الحرام فاذا دلت
تلك الاخبار على التحريم تعين حمل المكروه عليه قوله وانما يكون في الحنطة والشعير الى قوله وقيل في الملح هذا القول قوي
وفي رواية اضافة الزيت وهو حسن قوله بشرطان يستبقيها للزيادة في الثمن وان لا يوجد بايع ولا باذل واطلاق الامر مع شرطيته يقتضي
عدم الفرق بين كون جمع الاشياء من غلته وشراءها والذي وقع التصريح به ان الاحتكار لا يتحقق الا بشرائها وحبسها وفي حسنة

الفصل الثالث خيار المجلس

الحلبي دلالة عليه والاقوى عموم التحريم مع استغنائه عنه وحاجة الناس اليها فحاجتهم اليها لو في المال المؤنة ووقاء دينه
او وجود باذل غيره لا يحرم نعم يستحب مساواة الناس حالة الغلاء ولو ببيع ما يزيد عن حاجته وما عنده من الجيد اذ يمكن عند الناس الا
الردي واستعمال ما يأكلون كما روي ذلك عن فعل الصادق عليه السلام قوله وشرط آخرون ان يستبقيها اي شرطوا ذلك مضافا الى ما
تقدم والاقوى تقييده بالحاجة لا بالمدة قوله ويجبر المحتكر على البيع ولا يسعر عليه وقيل يسعر والاول اظهر الاظهر الاصح الاجبار
فيلزم بالبيع ولا عنه الى حد ينتفي الاجحاف والا سقط فائدة الاجبار اذ يجوز ان يطلب في ماله ما لا يقدر على بذله الا وهو مفسدة مجال
الناس عن الغرض ومع العنوان قوله الفصل الثالث خيار المجلس اضافة هذا الخيار الى المجلس اضافة الى بعض امكنته فان المجلس موضع
الجلوس وليس يعتبر في تحقق هذا الخيار بل المعتبر فيه مكان العقد مطلقا وما في معناه والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وآله البيعان بالخيار ما لم
يفترقا وهو اوضح دلالة من عبارة الفقهاء الا انه قد صار بمنزلة الحقيقة العرفية وان كانت التسمية غير صحيح لغة ونظيره في
التجوز ما تقدم في شرائط القصر الآن يكون سفره اكثر من حضره وقد حررناه في محله قوله ولكل من المتبايعين خيار الفسخ
ما داما في المجلس اطلاق المتبايعين يشمل المالكين والوكيلين والمفترقين لان المتبايعين من فعلا البيع وهو ان كان عبارة
عن الايجاب والقبول فغلبة اطلاقه على من اوقع الصيغة سواء كان مالكا او وكيلا وان كان عبارة عن نفس انتقال الاعيان فيه
تفاعل الانتقال وهذا هو المتعاقدان ايضا لكن الحكم في المالكين واضح واما الوكيلان فان لم يفوض اليهما الموكل الخيار لم يكن لهما
فينتفي الحكم عنهما وان وكلهما فيه فان كان قبل العقد بني على التوكيل فيما لا يملكه الموكل هل يصح وجهان ولا رشاقي ان بذاب
فان لم يجوز لم يكن لهما ذلك ايضا وان جوزناه او كان التوكيل فيه بعد العقد في المجلس كان لهما الخيار ما لم يفترقا وحيث لا بد الحكم
وهل يثبت مع ذلك للموكلين اذا حضرا المجلس قيل نعم لان الخيار لهما بالاصالة ولانهما بيعان عرفا اذ يصدق على البايع هذا انه باع
سلعه اذا كان قد وكل في بيعه وبطريق الوكيل وكذا المشتري ويحتمل العدم لانهما ليسا بايعين بمعنى موقعي الصيغة ولا ناقلي الملك
وانما وقعها وفعلها الوكيلان ويحتمل ان لا يكون الخيار الا لهما لانهما المالكان حقيقة اذ المستحقان للخيار والاصل في الوكيلين
الا ان يستحقا خيارا فلا يثبت لها للخبر ثم على تقدير ثبوت الخيار للجميع او للمالكين فهل المعتبر تفرق الوكيل ام المالكين ام الجميع كل
محتمل ويشكل بتثنية ضمير يفترقا في بعض الموارد ثم قيل بان المراد بهما المالكان والضمير لهما وحمل الوكيلين عليهما لعل
الحكم ام من خارج والوجه ثبوته لكل واحد منهما واعتبار تفرق كل منهما في خيار نفسه لا في خيار الآخر والمسألة من المشكلات قوله ولو
ضرب بينهما حائل لم يبطل الخيار لا فرق في الحائل بين الرقيق كالستر والغليظ كالحائط والمانع من الاجتماع كالنهر العظيم وغيرها
لعدم صدق الافتراق بذلك فان المفهوم منه تباعدهما عن الحد الذي كانا عليه وشبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث ابطله به
قوله وكذا لو اكرها على التفرق ولم يتمكنا من التخاير المراد بالتخاير اختيار العقد والبقاء عليه بان يقولا تخايرنا او اخترنا
العقد او امضيناه او التزمناه وما ادى هذا المعنى ويتحقق ذلك بينهما من الكلام بان يتلفظا به او يتلفظ احدهما بالكلام فانه لا
يسقط خيارهما بالتفرق بل لهما الفسخ عند زوال المانع لكن هل يعتبر مجلس الزوال او يكون الخيار على الفور وجهان ولو خرج احدهما
كرها ومنع في الحكم فيه ما ذكر والمراد انه قيد التخاير هنا كالتخاير في الفسخ لان التزام العقد مختار فلا يتوقف على الكلام بل لو تفرقا
ساكتين لزم وانما يتوقف عليه الفسخ فيكون المنع معتبرا فيه لا في التخاير قوله ويسقط باشتراط سقوطه في العقد او بسقطات هذا
الخيار اربعة ذكر المصنف منها ثلثة الاول اشتراط سقوطه في متن العقد فانه يسقط كغيره لانه شرط سائغ يتعلق بمصلحة فيلزم
لقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم ولو شرط احدهما خاصة سقوطه سقط بالنسبة اليه دون صاحبه الثاني مفارقة كل منهما صاحبه

ويتحقق بانتقال احدهما من مكانه بحيث يبعد عن صاحبه وان قل فلو انتقلا او احدهما الا الخطوات نائيا مصطحبين او غير بكل
واحد الى صاحبه لم يفترقا الثالث ايجابهما العقد واختيارهما الزيادة بقولهما التخيرنا العقد او التزمناه او اسقطنا الخيار ولو اوجب
احدهما خاصة سقط خياره وبقي خيار الآخر ولو رضي بما اختاره صاحبه فهو في حكم الاختيار اذ لا يختص بلفظ بل كل ما دل
على الرضا به كاف الرابع التصرف فان كان من المشتري كان التزاما بالبيع وبطل خياره وبقي خيار البايع وان كان من البايع
كان فسخا للبيع وبطل خيارهما ولا فرق بين التصرف الناقل للملك وغيره لكن لو وقع الناقل من المشتري مع بقاء خيار
البايع فهو صحته اشكال قوله ولو خيره فسكت فخيار الساكت باق وكذا الآخر وقيل الخيار لما بقي خيار الساكت خلافا
واما القائل فالاقوى انه كذلك لعدم حصول احد الامور المسقطة فان تخييره صاحبه لا يدل على اختياره الامساك والجدي
الذي لا يحسن حديث ما لم يفترقا فاستثناه له والقول بسقوط خياره للشيخ رحمه الله استنادا الى ما روي بعضهم بعد قوله ما لم يفترقا
او يقل احدهما لصاحبه اختر وفيه هذا الزيادة نظر قوله ولو كان الواحد عاقدا عن اثنين كالاب والجد كان الخيار ثابتا
الى قوله على قوله عقد الواحد عن اثنين يشمل ما لو كانا خارجين عنه كالوكيل عن المتبايعين وما لو كان لاحدهما كالاب يعقد
للصبي على ماله او بالعكس وكالوكيل لاحد المتبايعين وكيلا عن الآخر فانه يصدق ايضا ان الواحد عاقد عن اثنين وقائم
مقامهما وان كان هو احدهما والخيار الحاصل بثبوته اعم من كونه لذلك العاقد او لوما بالولاية كما لو كان ابا او جد البيع من نفسه
فان الخيار له وللطفل ولمراعاة الجانبين لكونه في الطفل يراعي مصلحته وكونه لغيره كما لو كان وكيلا في العقد خاصة فان
للمتبايعين كما لو تخللنا به وقوله ما لم يشترط سقوطه او يلتزم به عنهما انما يتم فيمن له الاشتراط والالتزام كالاب والجد
الذي مثل بهما فلو كان وكيلا في ايقاع الصيغة لم يكن له ذلك ولو اريد العموم كان المراد ما لم يشترط او يلتزم حيث يكون له
ذلك وايضا فالالتزام عنهما لا يدخل فيه ما لو كان هو احدهما الا تكلف في العبارة مقصود عن تادية الحكم المطلوب من المسألة
اذا تقرر ذلك ففي حكم خيار المجلس هنا ثلاثة احتمالات الاول ما حكاه المصنف من ثبوته ما لم يحصل احد الامرين او تفارق
العاقد المجلس الذي عقد فيه ووجهه ان المعتبر في سقوط خيار المتعاقدين مفارقة احدهما لمجلس العقد لانه شبيه مفارقة
احد المتعاقدين وهذا القول نقله الشيخ في ط ولم يذكر قائله ويضعف بان الواقع في الحديث هو الافتراق لا مفارقة مجلس
العقد فلو خرجا منه مصطحبين لم يبطل خيارهما وان بقيا مدة طويلة فلا يتم ما وجهه الثاني ثبوته دائما لم يلتزم ما او اشترط
سقوطه ووجهه قد علم من السابق فان المسقط هو المفارقة ولم يتحقق والممنوع من قوله ما لم يفترقا ارادة السبب لا عدم
الملكة اي عدم الافتراق عما شأنه الافتراق ولو احتمل لما ثبت الخيار بمقتضى صدر الحديث ويحصل الشك في المسقط
فيستصحب الى ان يثبت المزيل وهذا الاحتمال قطع به العلامة في كره وحكم بثبوت الخيار مدة العقد فانه يحكم بثبوت الخيار ويبطله بما
يبطل به خيار المتعاقدين ومن جملة التفرق ولم يتحقق هنا مع احتماله على بعد القول الاول الثالث عدم ثبوته اصلا لا
علانية الحديث من اعتبار المغايرة بين المتعاقدين الموجب لثبوت التفرق عليهما وهذا الاحتمال لم يذكره في كره ولا اشار اليه
في س بل جزم بثبوت الخيار ولكن عبارة الكتاب ليس فيها اشعار به فان قوله على قول اشاره الى ما جوزه وتبرئه من نقل القول
الذي ذكره في المبسوط وهو سقوط الخيار بمفارقة العاقد المجلس فرجع الى قوله او يفارق المجلس مع ان ذلك لا يشار اليه
من الاخريين والمسألة لا تخلو من اشكال وان كان القول الاوسط اوسط قوله والشرط فيه ثلثة ايام الى اخره المراد بالشرط
هنا الخيار في الثلثة مجازا واخذ ذلك من لفظ الحديث الصحيح عن الصادق عليه السلام الشرط في الحيوان كله ثلثة ايام للمشتري

يتوله كله على خلاف ابي الصلاح حيث ذهب الى ان الخيار في الامة مدة الاستبراء والحديث حجة عليه **قوله** للمشتري خاصة دون
البايع على الاظهر بين الاصحاب على خلاف المرتضى حيث ذهب الى ان الخيار لهما لصحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلم قال المتبايعان
بالخيار ثلثة ايام في الحيوان ومن عيبه الا ان ... ما تقدم في صحيحة الحلبي من اثبات الخيار للمشتري بغير ... البايع
الاثر حيث المفهوم المخالف وهو ضعيف فالقول به في غاية القوة ان لم يثبت الاجماع على خلافه وحملت الرواية على ما لو باع حيوانا
بحيوان وهو تخصيص بغير مخصص وعلى ان الخيار للمشتري وعلى البايع ... بالنسبة اليها مدة ثلثة ايام ويضعف بان مقتضى
الخبر كونه لهما كما في قوله البيعان بالخيار ما لم يفترقا وعلى ان اثبات الخيار للمجموع من حيث هو مجموع فلا يدل على ثبوته للافراد
وهذا ... في حق الشهرة بل الاجماع على خلافه ... دعوى الاجماع فان ثبت فهو الحجة والا فلا ... الكلام
لو باع حيوانا بحيوان فقد قيل بثبوته لهما نظرا الى تحقق الحكمة من الجانبين ... الخيار ولا شبهة ...
بالمشترى لا يطلع عليها غالبا الا بالتروي والاختبار ... وهو جمع بين الاخبار المختلفة ظاهرا وقيل بعدمه فان الخيار
للمشتري ... الحديث السابق والشهرة ... الاول الاقوى ولو كان الثمن خاصة حيوانا ثبت الخيار للبايع خاصة
على الاقوى **قوله** ويسقط ... سواء كان ... قبل القبض والوصية لا خلاف في سقوطه
بالتصرف ولانه دليل على الرضا ولقول الصادق عليه السلم فان احدث المشتري فيها حدثا قبل ثلثة الايام فذلك رضا منه فلا
شرط له قيل وما الحدث قال ان لامس او قبل او نظر منها الى ما يحرم عليه قبل الشراء والحق التصرف والحدث يشمل الناقل
وغيره بل مطلق الانتفاع كركوب الدابة وتحميلها وحلب ما يحلب ولبس الثوب ... وسكنى الدار ونحو ذلك ولو
قصد به الاستخبار ... فان استثناء ... ما يعلم به الحال بان ركب الدابة ...
وعدمه وحلب الشاة بحيث يعلم حالها ... ولو ساق الدابة الى منزله وان كان قريبا بحيث لا يعد تصرفا
عرفا فلا ... وان كان بعيدا ... وبالجملة فكل ما يعد تصرفا ... يمنع والا فلا **قوله** لكن يجب ان يكون
مدة مضبوطة لا فرق في المدة المشترطة بين كونها متصلة بالعقد او منفصلة ... شرطاها ما ...
العقد كالا ما بعد المجلس ...
محتملة للزيادة والنقصان فانه لا يصح ... على الاقوى ...
الاطلاق ثلثة ايام ...
الحيوان **قوله** ولو شرط كذلك بطل البيع ... على بطلانه بالشرط الفاسد وهو الاقوى ... مع فساد الشرط يصح العقد
مجردا عنه وهو ضعيف **قوله** ويجوز اشتراط المؤامرة هي مفاعلة من الامر بمعنى اشتراط البايع او المشتري ... الاستيمار من
سماه في العقد والرجوع الى امره ... تعيين مدة لذلك مضبوطة ...
ان يفسخ حتى يستأمره ... لانه جعل الخيار له ... وبين المؤامرة وجعل الخيار للاجنبي ...
من المؤامرة ... الى امره لا جعل الخيار له ... **قوله** واشتراط
مدة يرد فيها البايع الثمن اذا شاء ... المبيع ... الى اشتراط الخيار للبايع ... مضبوطة ...
الثمن ... الاخبار عن اهل البيت عليهم السلم ... الثمن ومثله مع الاطلاق فسخ البيع ...
بجملة ... بعض الثمن ...

اوجه ولو شرط المشتري ارتجاع المبيع ... ايضا ويكون الفسخ ... ولا يتعدى الى ... **قوله** لو اشترى ولم
من اهل الخبرة ... العادة بالتغابن ... فسخ العقد المشهور بين الاصحاب خصوصا المتاخرين منهم ثبوت
خيار الغبن وكثير من المتقدمين لم يذكره ونقل عن المصنف في ... القول بعدمه والاخبار ...
الكتاب ... واستدل ... بخبر ... ومن كره عدم ... فالاجود
ثبوته اذا ... وشرطه امرين ... جهالة المغبون بالقيمة والمراد بها وقت العقد
القيمة ثم زاد او نقص مع علمه او ... الزيادة او النقيصة ... ولا فرق في الجاهل بين
من ... الزيادة او النقيصة الفاحشة التي لا يتسامح الناس بمثلها عادة ...
يساوي ... التفاوت اليسير الذي يتسامح به في العادة كالدرهم في المائة بل ...
غبن بالجملة فلا تقدير له شرعا ... يرجع فيه الى العادة وطريق معرفة الثاني ظاهر لانه يمكن اقامة البينة على القيمة
عليه ... ولكن ... العلم ... عدم العلم ... العلم والجهل ...
التي ... قبل ... عدم قبول قوله لاصالة لزوم العقد ووجوب الوفاء فيستغني الى
ان يثبت ... اقامة البينة ... معرفة الخصم بالحال ... الحلف على عدم ... الدعوى بغير بينة
ولا يمين ... **قوله** كان له الفسخ اذا
شاء ... من اطلاق ... ان الخيار فيه على التراخي ... المسئلة ... ثبوت اصل الخيار
الى ان يثبت ... الدليل على ... الفورية والاقوى على الفور لما تقدم في نظيره من عموم الامر بالوفاء
وان ... على اللزوم ... على موضع اليقين وهو القدر الذي يمكن حصوله فيه ...
التراخي الى الاضرار ... المبيع نعم لو جهل اصل الخيار او الفورية عذر الى
حين العلم بها **قوله** ولا يسقط الخيار بالتصرف اذا لم يخرج عن الملك او يمنع مانع من رده كالاستيلاد في الامة و
العتق ... العبارة ... العين المغبون ...
... عن الملك ... يسقط الخيار ... لانه لا يمكن رد العين
... الفسخ ... بالمثل او القيمة ...
المسئلة ان التصرف اما ان يكون في المبيع خاصة او في الثمن خاصة او فيهما ... فالمغبون اما البايع
او المشتري او هما ... التصرف اما ان يخرج عن الملك او ما في حكمه وهو المانع من الرد اما لازمة
على العين او المنفعة كالاجارة ... قبل العلم بالغبن او بعده فاقسام المسئلة ... اربعون
... الحكم ... المغبون ان كان هو البايع لم يسقط خياره بتصرف المشتري سواء اخرج المبيع عن ملكه
ام لا لاصالة بقاء الخيار وعدم الدليل الدال على سقوطه ... البايع لا يسقط ...
فان فسخ ووجد العين باقية على ملك المشتري ... لم يتغير ... زيادة القيمة ولا مانع من ردها اخذها
وان وجدها متغيرة ...
العمل ... العين ... المشتري ...

لعقد

لصدق عدم قبض الثمن واقباض المثمن ... ولو قبض الجميع ... فلا خيار وان عاد بعد ذلك اليه وشرط القبض المانع
من الخيار كونه باذن مالكه فلو وقع بدونه ... وكذا لو ظهر مستحقا لغير المشتري او بعضه ولا يسقط هذا الخيار بمطالبة البايع
الثمن بعد الثلثة وان كان قرينة الرضا بالعقد ... ولو بذل المشتري الثمن بعدها قبل الفسخ احتمل سقوط الخيار وهو
الذي قطع به العلامة ... المقتضي لثبوته وهو الضرر ... وبقاؤه ...
ثبوته ... **قوله** ... ولا يجوز الفسخ ... الشهيد في ...
... التمسك بلزوم العقد ووجوب الوفاء اقوى ...
والاحتمال ... **قوله** ولو تلف كان من مال البايع في الثلثة وبعدها على الاشهر ... في تلفه قبل الثلثة فقد قال
... من المشتري لان المبيع انتقل اليه والتاخير لمصلحته وذهب الاكثر الى انه من ضمان البايع لعموم الدليل الدال على
ان كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه وهو الاقوى **قوله** ولو اشترى ما يفسد من يومه فان جاء بالثمن قبل الليل والا
فلا بيع له ... ما روي عن الصادق عليه السلم او الكاظم عليه السلم في من اشترى ما يفسد من يومه ويتركه حتى ياتيه بالثمن قال
ان جاء فيما بينه وبين الليل والا فلا بيع له ... عبارات الاصحاب قبل الشهيد ... لفظ الرواية
واكثرهم عبروا عن ذلك بعبارة ... المطلوب ... الخيار فيما يفسد ليومه الى الليل والغرض كما علم من الرواية
ان البيع لازم الى الليل ثم يثبت للبايع الخيار ... في المسئلة اشكال عام وهو ان الغرض من اثبات هذا الخيار ...
البايع ... قبل تلفه وهذا المعنى يقتضي ان الفسخ يكون ... قبل التلف واذا كان
مبدأ الخيار دخول الليل ... الذي هو ... البيع ... ثبت الخيار ... المسئلة
فيما يفسد ليومه ... الخيار ...
... المبيت ... الخيار ...
...
...
النص ...
تاخير الخيار عن الليل ... **قوله** وخيار العيب ...
في بابه ... انواع الخيار ... **قوله**
خيار المجلس لا يثبت في شيء من العقود عدا البيع ... في الحديث السابق البيعان
بالخيار ... واوجب الوفاء بالعقد ... على خلاف الشافعي حيث اثبته فيما شابه البيع
من عقود المعاوضات كالصلح ... والاجارة والمزارعة والمساقاة على خلاف ... عندهم واما الشيخ فاثبته في الصلح
... جايزة مثل الوكالة والمضاربة والوديعة ... لان العقود الجايزة ... في المجلس وبعده فلا معنى لاثبات
خيار المجلس فيها **قوله** وخيار الشرط يثبت في كل عقد عدا النكاح والوقف وكذا الابراء والطلاق والعتق ...
... الشرط في العقود ... الاخبار الدالة على جواز الاشتراط ... على خلاف الشافعي ... في كثير من العقود
ويستثنى من البيع ما يعقبه العتق كشراء القريب فانه لا يثبت فيه خيار الشرط ولا المجلس وكذا شراء العبد نفسه ...

لانه مناف لمقتضاه واما استثناء ما ذكر فلان النكاح لا يقصد منه المعاوضة والوقف ازالة ملك على وجه القربة ومثله العتق وقريب
منه الابراء وهذه المواضع محل وفاق وهو الحجة واما التعليل فلا يخلو من تخصيص لعموم العلم وكذا القول في الطلاق وفي معناه الخلع
والمباراة وفي معنى العتق التدبير وان كان جائزا ... والمكاتبة المطلقة اما المشروطة فجوزه جماعة فيها ... العوض
للمولى والعبد عند الشيخ واستثنى الشيخ ره ايضا من العقود الصرف ... الاجماع ... على ثبوته فيه ومنع الاجماع
وهو حسن لعموم الخبر واعلم ان استثناء الطلاق والعتق من العقود انما يستقيم لانهما من باب الايقاع ... الطلاق والعقد
على ما يعم من الايقاع تجوزا وكذا القول في الابراء ... القبول **قوله** التصرف يسقط خيار الشرط كما يسقط خيار الثلاثة
قد تقدم الكلام في التصرف وضابطه ما يعد تصرفا عرفا ... الانتفاع وركوب الدابة له واستخدام العبد وحلب الشاة ونقله
من المكان ... ذكرها ... الرد ... الدابة ...
قبل ... واستعمال المبيع للاختبار ... على الدابة سرجا ...
... لتحصيل الغرض ... ترك العذار واللجام ... والحاجة اليهما
... المال ... ولو وقع التصرف نسيانا ففي
سقوطه ... **قوله** ولو كان الخيار لهما وتصرف احدهما سقط خياره ... المشتري
... فيجب البيع له ويسقط خياره ... طرف البايع فهو فسخ للبيع ... كان اجازة من المشتري
فسخا من البايع ... سقوط الخيار ... ثبوت الحكم في طرف البايع اذا تصرف في الثمن ...
في المبيع ... **قوله** ولو اذن احدهما وتصرف الاخر سقط خيارهما ... الاذن ...
خياره ... الاذن على الرضا ... البايع ... المشتري ... البايع بطل البيع
فلا يبقى ... المشتري ...
ومن عدم منافاة الرضا بالتصرف ... الخيار لان غايته ... بالفعل
... **قوله**
اذا مات من له الخيار انتقل الى الوارث من اي انواع الخيار كان ... كالشفعة
والقصاص ... خيار شرط ثبت للوارث في بقية المدة فلو كان غائبا ... انقضت المدة ...
... [illegible]
خيار مجلس ... [illegible]
الميت والاخر ... [illegible]
... [illegible]
المجلس ... [illegible]
مفارقتها المجلس ... [illegible]
سقوط الخيار بالنسبة ... [illegible]
وهذا ... مع اتحاد الوارث ... [illegible]

الاجارة

17

الاجارة ... [illegible]
... [illegible]
قوله ... مقام الموروث ...
... **قوله** المبيع يملك بالعقد وقيل به وبانقضاء الخيار ...
مذهب الاكثر ... مع كون الخيار للبايع ... المشتري
من حين العقد ... على انقضاء الخيار ... ابن الجنيد ...
... [illegible]
المشتري من حين العقد ... [illegible]
المتجددة من الخيار ... [illegible]
لو كان ... [illegible]
خياره ... النكاح ... [illegible]
من الاحكام ولو كان الخيار لهما ... [illegible]
الخيار قبل الوطء ... [illegible]
قوله اذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بايعه ... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
الى التقدير ... [illegible]
بالمثل او القيمة ولو كان التلف من المشتري ... **قوله** وان كان ... الخيار ...
تفريط وكان الخيار للبايع فالتلف من المشتري ... **قوله** ... المبيع بعد القبض ... الخيار
... [illegible]
فاما لو كان الخيار للبايع خاصة او للمشتري ... المتبايعين ... البايع والاجنبي والمشتري والاجنبي
... [illegible]
... [illegible]
مطالبة المتلف بالمثل او القيمة ... [illegible]
التلف ... **قوله** خيار الشرط ... [illegible]
من حين التفرق ... [illegible]
... [illegible]
لانه قضية اللفظ ... [illegible]

من جهة الشيخ ان الخيار ... [illegible]
في مبدأ خيار الحيوان ولو كان الشرط المشتري في حيوان ... [illegible]
... ان مبدأ الجميع العقد ... [illegible]
لانه مجهول ... [illegible]
المؤمنون عند شروطهم ... [illegible]
العقد **قوله** وشرط الخيار ... [illegible]
الصفقة ... **قوله** ... [illegible]
... [illegible]
... **قوله** ... [illegible]
اذا كان النوعان ... [illegible]
قوله ... [illegible]
... **قوله** ... [illegible]
... [illegible]
... **قوله** ... المشتري بالخيار ... [illegible]
في البايع ... المبيع ... **قوله** ... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
... **قوله** ... [illegible]
والطلاق ... [illegible]
... [illegible]
كتاب ... [illegible]
... **قوله** ... [illegible]
... [illegible]
... الفصل الرابع في احكام العقود النقد والنسيئة ...
... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
بيع الكالي بالكالي ... [illegible]
وهو ... بيع النسيئة بالنسيئة ... [illegible]

... **قوله** من باع مطلقا ... [illegible]
اشتراط التعجيل ... [illegible]
... [illegible]
... **قوله** ولو اشترط تأجيل الثمن ... [illegible]
لا فرق في المدة المعينة بين الطويلة والقصيرة ... [illegible]
... [illegible]
... [illegible] **قوله**
... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
بالاجلين ... [illegible]
... **قوله** ... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
العقد ... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
... **قوله** ... [illegible]
... **قوله** ... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
... **قوله** ... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
مع الزيادة ... [illegible]
... **قوله** ... [illegible]
قوله ... [illegible]
... **قوله** ... [illegible]

عن الصادق عليه السلم وفي معناها روايات اخر وعلى الجملة فالاجود والاقوى ما اختاره المصنف تحقيقا بين اخذ حكم الثمن لانه الذي وقع
عليه العقد وبين الفسخ للتدليس **قوله** والضابط الاقتصار على ما يتناوله اللفظ لغة او عرفا ينبغي ان يراد بالعرف ما يعم الخاص
والعام ويمكن ان يدخل فيه عرف الشرع فانه من افراد العرف الخاص فان لم يدخل فلا بد من ادخاله ايضا للفظ بل عليه بل هو مقدم
على العرف كما ان العرف مقدم على اللغة وان كان في العبارة تاخرا وقد حقق في محله ان المراد تناول اللفظ
بالدلالة المطابقية والتضمنية لا الالتزامية فلا يدخل الحائط لو باع السقف ونحوه **قوله** فمن باع بستانا دخل الشجر والابنية
فيه لا اشكال في دخول الشجر فيه لانه داخل في مفهومه لغة وشرعا وكذا الارض اما البناء فان كان حائطا ادخل ايضا المذكور
ان كان عينه ففي دخوله وجهان من انه من توابعه واطلاق البستان عليه ظاهرا اذ الحيل مع خلال بستانه وغير ذلك ومن
عدم دخوله في مسماة لغة ولهذا يسمى بستانا وان لم يكن فيها بناء بخلاف ما لو لم يكن فيه شجر فينتفي دلالة المطابقة والتضمن واما الدلالة
الالتزامية فلعدم كونه لازما بالمعنى الاخص وللقطع بعدم تصوره مع تصور ... والاقوى في ذلك الرجوع الى العرف فان قضى بدخوله منه ادخل
لم يدخل والا فلا ويختلف ذلك باختلاف البقاع والازمان وباوضاع البناء واعلم ان البستان اعم من الكرم في اللغة والعرف العام
فلو باعه الكرم بلفظ البستان دخل فيه الشجر والارض كما ذكر والبناء على التفصيل والعريش الذي يوضع عليه القضبان ونحوها اذا كان
مثبتة وانما او كثرا وما كان مما ينقل في اكثر الاحيان الى غيره رجع فيه الى العرف وكذا يدخل الطريق والشرب لدلالة العرف على
ذلك وان لم يدخل في مفهومه وان باعه بلفظ الكرم دخل شجر العنب قطعا لدلالة الكرم عليه لغة مطابقة واما الارض والعريش و
الطريق والشرب والبناء فيرجع فيها الى العرف فان افاد دخولها في مسماه دخلت والا فلا ولو افاد دخول بعضها خاصة اختص به وكذا
القول في باقي الاشجار الثابتة معدوم الشك في ساد العرف لا يدخل **قوله** ويدخل الابواب والاغلاق المنصوبة والسلم المثبت
في الابنية على جهة الدرجة الجديدة دخول جميع هذه اقتضاء العرف كونها من اجزاء الدار وتوابعها ومرافقها ولو كان في الدار حمام
معد لها او حوض او بئر دخل ايضا وفي حكمها الخوابي المثبتة في الارض والحيطان بحيث تصير من اجزائها او توابعها عرفا وقد يقبل
في كثير من ذلك لعدم الدخول نحو كونه نفي دخول السلالم المسمرة والرفوف والاوتاد المثبتة لخروجها عن اسم الدار والاقوى
اقتضاء العرف بدخوله الكن كثير نفي دخول الخوابي ونحوها في المنقولة دون المثبتة والاولى الحق دخولها العرف ولو كان السلم
غير ثابت لم يدخل قطعا **قوله** وفي دخول المفاتيح تردد دخولها اشبه وجه التردد خروجها عن اسم الدار وكونها منقولة
فيكون كالالات المنتفع بها وفيها ومن انها من توابع الدار وكالجزء من الاغلاق المحكوم بدخولها والاقوى الدخول لانها تشهد العرف
بعيره كمفاتيح الاقفال ونحوها فلا يدخل القفل بنفسه ومثلها في الاشكال الالواح الدكاكين المجعولة ابوابا منقولة للارتفاق
بسعة الباب والاقوى دخولها ايضا **قوله** ولا يدخل الرحا المنصوبة الا في التي بنت جرها الاسفل وانما لم يدخل لانها لا تعد
من الدار لغة ولا عرفا وانما اثبتت لسهولة الارتفاق بها كيلا يتزعزع وتتحرك عند الاستعمال والشيخ قوله بدخول الرحا المثبتة
لصيرورتها من اجزاء الدار وتوابعها بالتثبيت والاعلى تابع للاسفل **قوله** ولو كان في الدار نخل او شجر لم يدخل في البيع فان
قال بحقوقها قيل يدخل ولا ادري بذا شيئا والقول بالتخيرة بل بابهم منه انها لا تدخل وان لم يقل بحقوقها لانها من حقوقها و
المنع متوجه الى الامرين معا والاقوى عدم الدخول مطلقا لعدم دلالة اللفظ او القرائن عليه كقوله وما اشتملت عليه او ما اغلق عليه
بابها او وما سواه على الشجر ايضا ويدل تماما لا يبطل لا لها ونحوه ذلك ولو كثر الشجر بحيث يطلق عليه اسم البستان ونحوه فاولى
بعدم الدخول مع الاطلاق **قوله** وان استثنى نخلة فله الممر اليها والمخرج ومدى جرائدها من الارض اذا استثنى شجرة من البستان

19

[illegible]

20

[illegible]

[illegible]

وان كان غير منقول فهي تتوقف عليه قولان اجودهما العدم لان حقيقته تبقى باهذا اشارة دفع يد المالك عنه وتخليته المشتري
بينه وبينه وهذا لا يتفق التصرف بمال الشريك ووجه الاشتراك ان وضع اليد والتسليط على التصرف لا يكون
بدون التصرف في حصة الشريك وعلى تقدير التوقف على اذنه لو حبه فان اذن الشريك فيه والا نصب الحاكم من
يقبضه اجمع بعضه امانة وبعضه لاجل البيع ولعناد منه في الحاق الاكتفاء بالتخلية لان المانع الشرعي من النقل كالمانع
العقلي في العقار ذكر ذلك في باب الهبة والحكم واحد بل فيها اقوى السادس لو كان المبيع في مكان لا يختص بالبايع كفى
في المنقول نقله من حيز الى اخر وان كان في موضع يختص به فان نقله منه من مكان الى اخر باذنه كفى ايضا وان كان بغير
اذنه كفى في نقل الضمان خاصة كما مر ولو اشترى المحل مع كيفية التخلية في البقعة وفيه وجهان اصحهما الافتقار الى النقل
كما لو انفرد بالبيع ولو حضر البايع فقال للمشتري ضعه فضل ثم القبض لان البايع كالوكيل فيه وان لم يقل شيئا او
قال لا اريد ففي حصوله بذلك وجهان وينبغي الاكتفاء به في نقل الضمان كما لو وضع المغصوب بين يدي المالك ونحوه
السابع لو كان المبيع مكيلا او موزونا فلا يخلو اما ان يكون قد كيل قبل البيع ووزن او لا بان اخبر البايع المشتري بكيله
او وزنه او باعه قدرا منه معينا من صبرة مشتملة عليه فان كان الاخير فلا بد في تحقق قبضه من كيله او وزنه للنص
المتقدم وان كان الاول ففي الافتقار الى اعتباره ثانيا لاجل القبض او الاكتفاء بالاعتبار السابق وجهان من اطلاق
توقف الحكم على الكيل والوزن وقد حصلا وقوله لا تبعه حتى تكيله او تزنه لا يدل على ازيد من حصولهما الشامل لما
كان قبل البيع ومن كون الظاهر ان ذلك لاجل القبض لا لاجل صحة البيع فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد وبه صرح شيخه
والشهيد وجماعة وهو الاقوى ويدل عليه قوله في الخبر السابق الا ان توليه فان الكيل السابق شرط لصحة البيع
او ما قام مقامه فلا بد منه في التولية وغيرها ومقتضى قوله الا ان توليه انه معها لا يتوقف على كيل او وزن فدل على ان
على انهما لاجل القبض لا لاجل صحة البيع واما الثاني فان اكتفينا بالاعتبار الاول كفى الاخبار فيه [illegible]
في كره فان لم يكتف بالسابق في الاول لم يكتف بالاخبار في الثاني بطريق اولى وقد روى محمد بن حمران قال قلت لابي عبد الله عليه السلام
اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله فصدقناه واخذناه بكيله فقال لا باس فقلت ايجوز ان ابيعه كما اشتريته بغير كيل قال لا
اما انت فلا تبيعه حتى تكيله التاسع الخ [illegible] بالكيل والوزن واعتبره في قبضه عند بعد البيع ولم يكتف بعده السابق
وهو نظير عدم النص وتحقق القبض فيه بغير ما مع نقل المشتري له كغيره من المنقولات والحاقه بها نظرا الى اشتراط اعتباره في صحة بيعه
لا يوجب ذلك عندنا والكلى فيه ايضا من اعتبار المكيل والموزون والمعدود نقله والخبر الصحيح يدل عليه وقريب منه مختار العلامة
في المختلف والكل فيه المحل امور ثلاثة النقل والقبض باليد والاعتبار بالكيل والوزن في النقل امر في القبض باليد وما دل عليه خبر
عقبة بن خالد من اعتبار النقل ومال في س ايضا الى ان التخلية كافية مطلقا في نقل الضمان لا في زوال التحريم او الكراهة عن البيع قبل
القبض وفيه عقبة يحتج عليه اعتبره والتحقيق هنا ان الخبر الصحيح دل على النهي عن بيع المكيل والموزون قبل اعتباره بهما
لا يطان القبض لا يتحقق بدونهما وكون السؤال وقع عن البيع قبل القبض لا ينافي ذلك لان الاعتبار بهما قبض [illegible]
رح فلو قيل بالاكتفاء في نقل الضمان فيهما بالنقل عملا بمقتضى العرف والخبر الاخر وتوقف البيع ثانيا على الكيل والوزن لم يكن
ان لم يكن احد اقول هذه المسئلة من المهمات وما تعم به البلوى في كثير من ابواب الفقه كالرهن والهبة والوصية وغيرها وقد
خرجنا فيها من وضع التعليق [illegible] قوله وكذا ان نقصت قيمته بحدث فيه كان للمشتري رده [illegible] الارش

٢١

تردد موضع التردد ما لو كان التعيب من قبل الله تعالى فيما من تعيبه على ملك المشتري كما في تلف العين من انه مضمون على البايع
بجميع ضمان اجزائه اولى والاقوى ان له الارش ان لم يفسخ ولو كان التعيب من اجنبي او من البايع تخير المشتري بين الرجوع
على المتلف بالارش وبين فسخ العقد فان فسخ رجع البايع على الاجنبي بالارش قوله اذا حصل للمبيع نماء كالنتاج او ثمرة النخل
او اللقطة كان ذلك للمشتري الخ لان التلف انما يبطل البيع من حينه فيكون النماء كالسابق وما في حكمه كلقطة العبد التي
يمكن تملكها ولو بعد التعريف للمشتري ويكون هذا النماء في يد البايع امانة اقتصارا فيما خالف الاصل وهو ضمان مال الغير مع عدم
العدوان على ما دل عليه الدليل قوله اذا اختلط المبيع بغيره في يد البايع قبل القبض ينفسخ البيع لتعذر التسليم وعندي ان المشتري
بالخيار الخ ما اختاره المص هو الاقوى لان التسليم ممكن كما في بيع الجزء المشاع وثبوت الخيار لعيب الشركة ولا فرق في الخلط
بمثله واجود واردى بين كونه باختيار البايع وبغير اختياره وينبغي فيما لو خلط بالاجود بغير اختياره ثبوت الخيار للبايع ايضا لتضرره
بذلك مع اختيار المشتري الشركة وحينئذ فتفتقر القسمة الى مؤنة فهي على البايع لان العيب مضمون عليه والتخليص واجب عليه
تسليم البايع الى المشتري بعينه ولا يسقط الخيار ببذل البايع له ما امتزج به قوله لو باع جملة فتلف بعضها فان كان
للتالف قسط من الثمن كان للمشتري فسخ العقد وله الرضا بحصته من الثمن وان لم يكن له قسط كان للمشتري الرد او اخذه بجملة
الثمن ضابط الاول ما يمكن افراده بالبيع كاحد العبدين والقفيزين والثاني ما لا يمكن افراده به كيد العبد والفرق بينهما الموجب
لاختلاف الحكم ان الاول لا يبقى مع فواته اصل المبيع بل بعضه والارش جزء من الثمن والثمن موزع على اجزاء المبيع والثاني
يبقى معه اصل المبيع والجزء التالف في قوة الوصف كيد العبد ونحوها من اعضائه التي فواتها لا يخل ببقاء العبد فاذا فات لم
يكن له قسط من الثمن فلا ارش له لان الارش هو مقدار حصته من الثمن هذا وجه ما اختاره المص والاقوى ثبوت الارش فيه
كالاول لان القيمة تزيد بوجوده وتنقص بعدمه وفواته من اظهر العيوب ولان المبيع هو المجموع وقد فات بعضه فيتخير المشتري
بين الرد لتبعض الصفقة في الموضعين والارش وهذا كله اذا كان الفائت جزءا من المبيع اما لو كان وصفا محضا كما لو كان العبد
كاتبا فنسي الكتابة قبل القبض فللمشتري الرد خاصة او الامساك بجميع الثمن لان الفائت ليس جزءا من المبيع ومن ثم لو شرط كونه
كاتبا فظهر بخلافه لم يستحق سوى الرد قوله يجب تسليم المبيع مفرغا فلو كان فيه متاع وجب نقله او زرع قد احصد وجب ازالته
المراد وجوب كل واحد من التسليم والتفريغ ولكن لا يتوقف صحة التسليم عليه فلو سلمه مشغولا حصل القبض وان
وجب التفريغ مع ذلك واحترز بقوله قد احصد عما لو لم يكن قد بلغ ذلك فانه يجب الصبر عليه الى اوان حصاده ان اختار
البايع ابقاءه ثم ان كان المشتري جاهلا بالحال تخير بين الفسخ والصبر ان احتاج الى مضي زمان يفوت فيه شيء من النفع
معتد به قوله ولو كان للمبيع زرع [illegible] وجب على البايع ازالته وتسوية الارض وكذا لو كان فيها دابة لا تخرج الا بهدم
الاخراج والتفريغ لتوقف التسليم عليه ثم ان استلزم نقصا دخل في المبيع كان على البايع ارشه لانه ادخل نقصا على المبيع بغير
وجه عليه ودفع [illegible] للمشتري بالحال فله الفسخ قوله لو باع شيئا فغصب من يد البايع فان امكن استعادته في الزمن اليسير لم
يكن للمشتري الفسخ والا كان له ذلك المراد باليسير هنا ما لا يشتمل على منفعة مقصودة بحيث يستلزم فواتها نقصا معتبرا وفوات
غرض مقصود عرفا على المشتري والكثير يقابله ويجب على البايع استعادته مع الامكان مط لان التسليم واجب عليه ولا يتم
[illegible] قوله والا كان له ذلك ما لو تعذر استعادته اصلا وما لو امكن لكن بعد مضي زمان كثير فان المشتري يتخير حينئذ بين الفسخ والرجوع
الى الثمن وبين الرضا بالمبيع وانتظار حصوله ولا [illegible] الانتفاع به الا يتوقف على القبض كعتق العبد ونحوه ثم ان تلف في يد

الغاصب فهو مما تلف قبل قبضه فيبطل البيع وان رضي بالصبر مع احتمال كون الرضا به قبضا وكذا لو رضي بكونه في يد البايع قوله
ولا يلزم البايع اجرة المدة على الاظهر فانما لم يضمن الاجرة مع كون العين مضمونة عليه لانها نماء [illegible] وقد تقدم انه غير مضمون
ووجه اللزوم ان ذلك نقص دخل على المبيع قبل القبض فيكون في ضمان البايع ولان المنفعة كالنماء المتصل وقد قيل انه مضمون
كالارش في يد المشتري ثم هو له والاول اقوى وح يختص ضمانها بالغاصب قوله اما لو منعه البايع عن التسليم ثم سلم بعد المدة
كان له الاجرة فينبغي تقييده بما اذا كان الحبس بغير حق فلو حبسه ليقبض الثمن او ليتقابضا معا ونحو ذلك فلا اجرة عليه لانه
الشارع له فيه فلا يتعقبه الضمان وحيث تكون الحبس لغا فالنفقة على المشتري لانه ملكه فان امتنع منها رفع البايع
امره الى الحاكم فان تعذر انفق بنية الرجوع ورجع عليه بها كما في نظايره قوله من ابتاع متاعا ولم يقبضه ثم اراد بيعه
كره ذلك ان كان مما يكال او يوزن وقيل ان كان طعاما لم يجز والاول اشبه انما كان اشبه لان فيه جمعا بين الاخبار المختلفة
التي دل بعضها على الجواز كرواية جميل وابن الحجاج الكرخي عن الصادق عليه السلام وبعضها على المنع مط كصحيحة الحلبي ومنصور بن
حازم عنه عليه السلام وبعضها على المنع الا تولية كصحيحة معوية بن وهب عنه بحمل النهي على الكراهة لئلا تسقط اخبار الجواز وهذا
الجمع انما يتم لو كانت الاخبار متكافئة في وجوب العمل بها لكن الامر هنا ليس كذلك لان اخبار المنع صحيحة مستفاضة وخبر التسويغ
في طريقه علي بن حديد وهو ضعيف والاخر مجهول فالقول بالمنع اوضح وهو خيرة العلامة في كره والارشاد والشيخ في ط بل
ادعى عليه الاجماع وجماعة من الاصحاب نعم الاخبار الدالة على النهي مط مقيدة في غير التولية جمعا بينها وبين ما قيد به مع صحة الجميع
ثم على القول بالمنع مطلقا كما اختاره جماعة او على بعض الوجوه وهو في غير التولية او ما الحق بها فهل يقع باطلا او يأثم خاصة
صرح ابن ابي عقيل بالاول فانه قال بالبطلان [illegible] السنة عن رسول الله ويؤيده ان النهي هنا راجع الى نفس المبيع فيبطل
كبيع المجهول ونحوه لتعلق النهي فيه بمصلحة لا تتم الا بالبطلان والثاني ظاهره في المختلف قال الصبر ولو قلنا بالتحريم لم يلزم
بطلان البيع ولم يذكر دليله وكانه نظر الى ان النهي في المعاملات لا يقتضي الفساد [illegible] واعلم ان اكثر الاصحاب جعلوا
موضع الخلاف هو الطعام واكثر الاخبار المانعة مصرحة به واطلق في صحيحة منصور بن حازم ومعوية بن وهب بالنهي عن بيع
المكيل والموزون الا تولية وبه صرح ابن ابي عقيل وهو الظ لعدم التنافي بين العام والخاص حتى يجمع بينهما بالحمل على الخاص
كما في حمل المطلق فيه النهي على غير التولية لتحقق المنافاة ثم على القول باختصاص النهي بالطعام فهل يعم كل ما اعد للاكل كما هو
موضوعه لغة او يختص بالحنطة والشعير لانه معناه شرعا كما نبه عليه في موارد منها في حل طعام اهل الكتاب في الاية الشريفة
كل محتمل والثاني صرح الفاضل فخر المحققين في بعض فوائده ولعله اجود اقتصارا في الحكم بما خالف الاصل على المتيقن قوله
وفي رواية يختص التحريم بمن يبيعه بربح اما التولية فلا هي رواية علي بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلام قال سألته عن الرجل يشتري
الطعام ايصلح بيعه قبل ان يقبضه قال اذا ربح لم يصلح حتى يقبض وان كان تولية فلا باس وهذه الرواية ذكرها في [illegible]
اسناد لكن في معناها اخبار كثيرة الا انها مصرحة بالمنع فيما عدا التولية وهذه حمل المنع فيها على الكراهة وبينه اوسط قوله
ولو ملك ما يريد بيعه بغير بيع كالميراث والصداق للمرأة والخلع جاز وان لم يقبضه المنع على القول به مشروط بامرين انتقاله
بالبيع ونقله به فلو انتقل بغيره او نقله بغيره لم يحرم اما الاول فلا نعلم فيه خلافا واما الثاني فهو المشهور وعليه الشيخ في ط [illegible]
بها الاجارة [illegible] البيوع وهو [illegible] وكذلك منع من الكتابة بناء على انها بيع العبد من نفسه وهو مع تسليمه
كيف يستلزم المنع لان العبد ليس مما يكال او يوزن وغاية المنع عند من يكون المبيع مقدرا بهما وقد استثنى بعض العلماء من

٢٢

الميراث ما لو كان الموروث مبيعا للمورث قبل قبضه له فانه لا يجوز للوارث بيعه وفيه نظر لان انتقاله الى الوارث بالارث وهو واسطة
بين البيعين وكذا القول في الصداق اذا كان المصدق قد اشتراه ولم يقبضه ثم اصدقه واراد المرأة ان تبيعه قبل القبض
ومثله عوض الخلع من جانب المرأة المشترية له قبل القبض اذا اراد الزوج بيعه والاستثناء في الجميع غير واضح لثبوت الواسطة قوله
لو كان له على غيره طعام من سلم وعليه مثل ذلك فامر غريمه ان يكتال لنفسه من الاخر فعلى ما قلناه يكره وعلى ما قاله الشيخ يحرم لانه
قبضه عوضا عن ماله قبل ان يقبضه صاحبه وقد عرفت ان المنع او الكراهة مشروط بشرطين انتقاله بالبيع ونقله به وما
ذكر في هذا الفرض وان كان بيعا حيث ان السلم فرد من افراده الا ان الواقع من المسلم ما هو الا عوض في القبض او وكالة له
فيه وكلاهما ليس ببيع الا ان الشيخ ره ذكر هذا الحكم في ط وقطع بعدم صحته وتبعه عليه جماعة ويظهر من المص وجماعة اختياره
محتجا بما على القول بالكراهة على القول الاخر وفيه نظر [illegible] بان الواقع هو الحوالة المتعلقة بالبيع فيخير المنع
اجاب الشهيد في بعض تحقيقاته عن الاشكال بان مورد السلم لما كان ماهية كلية ثابتة في الذمة منطبقة على افراد لا نهاية
لها فاي فرد عينه المسلم اليه تشخص به ذلك الفرد وانصب العقد عليه وكانه لما قال الغريم اكتل من غريمي فلان فقد جعل عقد السلم
معه واردا على ما في ذمة غريم المسلف منه ولما يقبضه بعد ولا ريب انه مملوك له بالبيع فاذا جعل مورد السلم الذي هو
بيع يكون بيعا للطعام قبل قبضه فيتحقق الشرطان ويلحق بالباب قال وهذا من لطايف الفقه وهذا التحقيق غاية ما يقال
هنا في توجيه كلام الشيخ ومن تبعه الا انه مع ذلك لا يخرج عن نظر لان مورد السلم ونظايره من الحقوق الثابتة في الذمة
لما كان امرا كليا كان البيع المتحقق به هو الامر الكلي وما يتعين لذلك من الافراد الشخصية بالحوالة وغيرها ليس هو
نفس المبيع وان كان الامر الكلي انما يتحقق في ضمن الافراد الخاصة لانها ليست عينه ومن ثم لو ظهر المدفوع مستحقا او معيبا
رجع الحق الى الذمة والمبيع المعين ليس كذلك ونظيره ذلك ما حققه الاصوليون من ان الامر الكلي ليس امرا بشيء من جزئياته
الخاصة وان كان لا يتحقق الا بها وح فانصباب العقد على ما قبض وكونه بيعا غير واضح فالقول بالتحريم عند القائل
في غيره غير متوجه نعم لا باس بالكراهة خروجا من خلاف الشيخ والجماعة وتحرزا مما هو مظنة التحريم قوله وكذا لو
دفع اليه مالا وقال اشتر به طعاما فان قال اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك صح الشراء دون القبض لانه لا يجوز ان يتولى طرفي
القبض وفيه تردد ومنشأ التردد من منع الشيخ تولي الواحد طرفي العقد القبض محتجا عليه بانه لا يجوز ان يكون
لغيره في قبض نفسه من نفسه ويتغاير المتراخي ومن اصالة الجواز ولانه وكيل في الاقباض والمغايرة الاعتبارية في
القابض والمقبوض منه كافية ومثله تولي طرفي العقد وهو الاقوى قوله ولو قال اشتر لنفسك لم يصح الشراء ولا يتعين
له بالقبض لان مال الغير يمتنع شراء شيء به لنفسه الا ما [illegible] على ملك الغير وهذا هو الفارق بين هذه والسابقة واستقرب في
المختلف جواز ذلك وجعله قرضا للطعام بجنس الدراهم او قرضا للدراهم والاقوى هنا العدم وجود ما يدل على [illegible]
لو علم من الدافع ارادة احد الامرين وقبل القابض ذلك صح وكذا لو علم منه ارادة معنى غيرهما يصح كما لو كان التعبير يكون الشراء
لكونه ليلا الى ذلك والقصد استيفاء ما عليه الشراء وقبضه له ونحو ذلك قوله واذا كان المالان قرضا او المال المحال به قرضا صح
ذلك قطعا لانتفاء الشرطين معا في الاول والثاني في الثاني ولا وجه لتخصيص الفرض بالمال المحال به بل متى كان احدهما قرضا صح بما
ما ذكر قوله اذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى نقصانه فان لم يحضر كيله ولا وزنه فالقول قوله وان كان حضر فالقول قول البايع
انما كان القول قول البايع في الثانية مع ان الاصل عدم وصول حق المشتري اليه في الصورتين عملا بالظاهر من ان صاحب الحق اذا حضر

استيفاء حقه بحيالة النفس وليعتبر مقدار حقه فيكون هذا الظاهر مع القول للبايع ومقويا لجانبه ومعارضا للاصل فيقدم قوله
بيمينه وهذه مما رجح فيها الظاهر على الاصل وهو قليل ويمكن توجيهه بوجه لا يحصل به التعارض بان يقال انه عند قبضه الحق وصل
دعواه الاعتبار المودي الى النقصان كان يعترف بوصول حقه اليه وقبضه له كملا فاذا ادعى بعد ذلك النقصان كان مدعيا لما
يخالف الاصل اذ الاصل براءة ذمة البايع من حقه بعد قبضه ويخالف الظاهر ايضا كما قلناه فيبقى الاصل والظاهر على خلاف دعواه
فان قيل هذا يستلزم قبول قول البايع في تعيين ما ذكرتم من التعليل قلنا اذا لم يحضر المشتري الاعتبار لا يكون معترفا بوصول
حقه اليه لعدم اطلاعه عليه حتى لو فرض حصول ما يقتضي الاعتراف يكون مبنيا على ظاهر الحال ومعتمدا على قول غيره الذي يمكن
تطرق الخلل اليه كثيرا بخلاف ما وصفناه وايضا فان البناء على ظاهر الحال لا يقتضي الاقرار بوصول حقه اليه بحيث حتى لو تبين ان
الذي وصل اليه تسلمه على انه جميع المبيع بناء على الظاهر وركونا الى قول الغير لم يكن اقرارا بوصول جميع حقه اليه بجهالة الواقع
بقبض الجميع بناء على حضوره الاعتبار فانه يكون اقرارا صحيحا فتحقق الفرق وهو انه مع حضوره اعتباره ادعى عدم قبض جميع
حقه بحق لا انه اعترف دعوى الغلط قبل قوله ايضا لاصالة عدم قبض الجميع وما ذكر من الاصل الاخر والظاهر منتف هنا اذ لا يلزم
من حضور المشتري الاعتبار قبضه جميع حقه وهو واضح وهذه من الحيل التي يترتب عليها الحكم الشرعي فانه مبني على القواعد
الظاهرة المنضبطة **قوله** اذا اسلفه في طعام بالعراق ثم طالبه بالمدينة لم يجب عليه دفعه ولو طالبه بقيمته قيل لم يجز لانه
بيع الطعام على من هو عليه قبل قبضه انما لم يكن عليه دفعه فيه لانه يجب سواء كانت قيمته في بلد المطالبة مخالفة
لقيمته في بلده ام مساوية وهذا الاشبه حيث انما الكلام فيما لو طالبه بقيمته في البلد الذي يجب عليه دفعه فيه فان الخلاف فيها
في موضعين احدهما ان يرضى المسلم اليه بدفعها وفي جوازه قولان احدهما العدم نظرا الى ان القيمة عوض عن مال السلم
قبل قبضه وبيعه له وهو غير جائز لان المفروض كونه طعاما والثاني وهو الاقوى الجواز لمنع كون ذلك بيعا بل استيفاء الحق
غايته بغير جنسه ومثل هذا لا يسمى بيعا ... نعم ربما قيل بكراهته ... من خلاف الشيخ وتخلصا من شبهة التحريم و
الثاني ان يطلب القيمة ولا يرضى المسلم اليه بدفعها فهل يجبر عليه بناء على الجواز في الاول الاكثر على العدم لان الواجب في ذمته
هو الطعام لا القيمة وما في ذمته لا يجب دفعه في البلد المذكور فاولى ان لا يجب دفع مالم يجب عليه بالمعاوضة ولم يقبضه عند
السلم وذهب بعض الاصحاب ومنهم العلامة في كره الى وجوب دفع القيمة محتجا بان الطعام الذي يلزمه دفعه معدوم فكان كما لو
عدم الطعام في بلد وجوب التسليم فانه يجب ... كما ليس ثم طعام يلزمه دفعه حتى ينتقل الى القيمة وقيل ايضا بان منع المالك
بان منع المالك من المطالبة بحق حال وجعله موقوفا على الوصول الى بلد التسلم ضرر ظاهر فانه ربما لم يكن له عزم العود الى تلك البلد
اصلا وان الوصول اليه يحتاج الى ضياع المسلم فيه من الموت او ان المسلم اليه قد لا يظفر به بعد ذلك فيفوت حقه بالكلية وما
يقتضيه العقد من اتفاق المسلم اليه بالتسليم في البلد المعين قد جعله المسلم اليه فلولا الانتقال الى القيمة لضاع حقه وان ...
له المطالبة بالعين ولو لم يجعل له المطالبة بالقيمة على الوجه الذي يتيسر به حق المسلم لادى الى ضياع حقه ... ولا يخفى ان
هذه العلل كلا يجب الانتقال الى القيمة متى طلبها المسلم ... ضرر حقه ... يختلف القيمة في موارد كثيرة
غير ما ذكر كما لو كان المسلم اليه مصاحبا له في الطريق الى البلد المعين للتسليم او وكل في تسليمه غيره ونحو ذلك فان ذلك هو
مقتضى الامر الشرعي في العدول عنه الى القيمة ... بعض موارده كما لو علم بالفراق المديد لا يرجع
الى تلك البلد ولم يوكل في الاقباض ... يجب تحصيل الحق وان خوف ... رفع الامر الى الحاكم ليجبره على احد الامرين

دفع العين او القيمة الى بلد التسليم او دفع العين فيها بوجه يمكن دون ما قيل بجواز المطالبة بالعين ان كانت القيمة في تلك البلد مثل
قيمتها في بلد التسليم او دون وبالقيمة في بلد التسليم ان كانت اكثر اما الاول فلان المفروض كون الحق حالا والاستحقاق ثابت
فيتعين بلد التسليم انما كان للارتفاق ومع تساوي القيمة في البلدين او نقصانها في بلد المطالبة لا يزول الارتفاق بل يزيد في
بعض صوره خلا وجه للتاخير واما الثاني فلوجوب التسليم لما ذكر مع تعذر المثل شرعا بسبب الزيادة وهذا القول ايس ببعيد من
الصواب لان حين حصول الاستحقاق فيما ذكر على الجواز ان يكون المدين قادرا على تعيين الحق في بلد التسليم بالحوالة عليه او غيرها
وان كان المقصود فيه تحصيل القيمة عليه بذلك من غالب القدر ما يشترط ان الارتفاق ... عليه الاطلاق والموسمون عشرة وهم الا
معطي قيمة فالقول بالمنع من المطالبة عينا او قيمة او وجيه وهو الاشهر **قوله** ولو كان قرضا جاز اخذ العوض لانه يجوز اخذ
عوض القرض اذا تراضيا عليه لانه استيفاء لا تسلح للمانع منه وهو بيع الطعام المنتقل بالبيع قبل قبضه واما الكلام في وجوب دفع
العوض في غير بلد القرض لان اطلاقه محمول على قبضه في بلده فليس للمقرض المطالبة به في غيره كما انه ليس له المقترض اجباره عليه
دفعه بين الحق فكذا قيمته لعدم وقوع المعاوضة عليها وقد تقدم تحرير المقام فيما سبق والحكم واحد والمختار في الجميع وجوب دفع
المثل وقت المطالبة فان تعذر فالقيمة ببلد القرض وفيها ما نظر **قوله** فان كان غصبا لم يجب دفع المثل وجاز دفع القيمة
بسعر العراق الاشبه جواز مطالبة الغاصب بالمثل حيث كان وبالقيمة الحاضرة عند الاعواز والقول الاول للشيخ و...
ساوى بينه وبين القرض في الحكم وما اختاره المصنف هو الاقوى لانه حق ثبت عليه بعدوانه فيلزم بكل مكان وهو مؤاخذ
باسوء الاحوال ووجوب القيمة عند الاعواز انه وقت الانتقال من المثل الى القيمة في القيمي والمستغرب في الحكم في
القيمة قول الشيخ وهو قيمته ببلد القرض لانه غصبه هناك فاذا تعذر المثل وجب عليه قيمته فيه ونقل المختار المصنف
هنا ... ويشكل بان قلناه ... بوجوب العين ... الدفع **قوله** ولو اشترى عينا بعين وقبض
احدهما ثم باع ما قبضه وتلفت العين الاخرى في يد بايعها بطل البيع الاول ولا سبيل الى اعادة ما بيع ثانيا بل يلزم البايع
قيمته لمشتريه انما لم ينفسخ البيع الثاني لان العين المبيعة كانت ملكا خالصا للبايع وانما طرا البطلان على العقد بعد انتقال
العين عنه وبعد ما سبق من التصرفات بل يلزم البايع الثاني دفع المثل ان كانت العين مثلية والقيمة ان كانت قيمية كما لو
تلفت العين والمعتبر قيمتها يوم البيع او يوم تلف العين الاخرى ويحتمل الاول لانه وقت تعذر المثل والثاني لان التالف لم
يكن لازما للبايع وانما لزم ... تلف العين الاخرى الموجب لبطلان البيع ... من ذلك ان تلف المبيع
قبل قبضه انما يبطل العقد من حينه لا من اصله والا لاسترد العين ... **قوله** فان كان كثيرا
نقدها البلد الغالب البيع باطلا اذا تعدد النقد في البلد كان بمنزلة المشترك لا يحمل على احد معانيه الا بقرينة فاذا
غلب احد النقود عليه لان الاغلبية تكون قرينة لاحد افراد المشترك وان لم يتحقق بطل العقد لعدم الترجيح واختلاف العرض
ثم الغلبة قد يكون في الاستعمال وقد يكون في الاطلاق بمعنى ان الاسم يطلق على احدهما وان كان غيره اكثر استعمالا كما يتفق
في زماننا في بعض اسماء النقود فان اتفقت الغلبة فيهما فلا اشكال في الحمل عليه وان اختلف بان كان احدهما اغلب استعمالا والا
الاخر اغلب ... في ترجيح احدهما او يكون بمنزلة المتساوي نظرا الى تعارض المرجحين نظر وان كان ترجيح اغلبية الاستعمال
اوجه وكذا القول في الكيل والوزن **قوله** ولو اختلفا في قدر الثمن فالقول قول البايع مع يمينه ان كان المبيع باقيا وقول المشتري
مع يمينه اذا كان تالفا هذا هو المشهور بين الاصحاب بل ادعى عليه الشيخ الاجماع ... عن الصادق عليه السلام في الرجل يبيع

الشي فيقول المشتري هو بكذا وكذا باقل مما قال البايع قال القول قول البايع اذا كان الشي قائما بعينه مع يمينه وهذه الرواية تدل بمنطوقها
على الاول وهو تقديم قول البايع مع قيام عين المبيع ويستفاد الثاني من مفهومها ولانه موافق للاصل ولانه بحالف فيه مع عدم
القول في الشق الاخر بما دلت عليه ورسلها احمد بن ابي نصر وقد استثنا بعض الاصحاب من المنع من المراسيل مع من استثنى
وعلى تقدير عدمه فهو منجبر بالشهرة بين الاصحاب وعملهم بمضمونها وتحقق الايضا ان المشتري مع قيام السلعة يدعي تملكها و
انتقالها اليه بما ادعاه من العوض والبايع ينكره فيقدم قوله لانه منكر واما مع تلفها فان البايع يدعي قدرا زائدا
المشتري فلا وجه لتقديم قول البايع بل المشتري هو المنكر في الموضعين فالمعتبر هو النص حتى ان للمسلة اقوالا منها القول
قول من هو في يده الان يحرث المشتري فيد حسبنا فيكون قوله مطلقا حكاه ابن الجنيد ونفى عنه الباس في كره ووجه الاول ان
ليس في يده على انه ادعى ما يقوم بصحته من الثمن وذو اليد يكون ... القول قوله ترجيحا الذي اليد فان الخارج هو المدعي والمحدث
المشتري بجهودليل اليد وهو ... ومنها ان القول قول المشتري مع قيام السلعة او تلفها في يده او يد البايع بعد الاقباض ونحوه
معين ... الايجاب ... ولو كان مغايرا لما القاه من البيع ... على الاول ان المشتري ينكر وعلى الثاني
بان التحالف في تعيين الثمن وكل منهما ينكر ما يدعيه الاخر فيتحالفان وهذا القول يرجع الى تقديم قول المشتري مطلقا حيث يكون الاختلاف
في كمية الثمن ... مع عدم تعيين الثمن خاصة وان ... ومنها انهما يتحالفان مطلقا لان كلا منهما مدع و
ذلك لان العقد الذي يتضمن الاقل يختص به ... البايع والعقد الذي يتضمن الثمن الاكثر يختص به ينكره المشتري فيكون هذا
النزاع في قوة ادعاء كل منهما عقدا ينكره الاخر فيتحالفان ويبطل البيع ... المغايرة الموجبة لما ذكر لاتفاقهما على عقد واحد وعلى
انتقال المبيع الى المشتري وثبوت الثمن الاقل في ذمته وانما يختلفان في الزائد واحدهما يدعيه والاخر ينكره فلا وجه للتحالف وهذا القول
لحقه العلامة في كثير من كتبه ... الايضاح ونسبه ... الى السيد ... في قواعده ومنها ان القول قول المشتري
مطلقا لاتفاقهما على وقوع البيع وانتقال المبيع الى المشتري وانما الخلاف بينهما فيما يستحق في ذمته فيكون القول قوله في نفي الزائد مطلقا لانه منكر
وهذا القول الذي لم يذكر احد من اصحابنا في كتب الخلاف وذكره العلامة في ... او نقله في كره عن بعض العامة وقواه والذي يظهر
انه اقوى الاقوال ان لم يتحقق الاجماع على الاول ... ومنها ما قد عرفت ويتفرع على القول الاول ... هذا البحث كله
اذا وقع النزاع بعد قبض المشتري او قبله مع بقاء عين المبيع اما لو وقع بعد تلفه في يد البايع فان العقد ينفسخ فلا يظهر للنزاع اثر
ان لم يكن البايع قد قبض الثمن ولو كان قبضه كان كالدين في ذمته ... عنده فيقدم قوله في قدره ... ولو اختلفا في
الثمن بعد قبض البايع له ... ايضا ... ولو كان الثمن في الذمة ... ولو اتفقا
كان معينا ... قال البايع بعتك بهذا العبد والدينار فقال بل بهذه ... والدراهم ... كلا منهما مدع ...
وهذا ... بالتحالف وهذا ... القدر نعم قد يتفق مع ... في القدر كما لو قال بعتك بهذين
الدينارين او الثوبين مثلا فقال بل باحدهما معينا فان الحكم فيه كالاول والاقوى الطريقة ... الامرين ... او ما اشبهه
في الحق يرجع الى تقديم قول المشتري ... موافقا لما قواه ... على القول المشهور ... قيام العين وتلفها لو
كانت العين باقية لكنها انتقلت عن المشتري انتقالا لازما كالبيع والعتق والوقف والهبة اللازمة ... الحاق ... الاول
بالاول لما تقدم من التعليل وقد عرفت ما فيه ولمساواته للتلف في الخروج عن ... الانتفاع بالنسبة الى المشتري فيكون تلفا
حكميا ... بكل يمنع ... حكم ... الجائز ... على قبول قول المشتري في الاول ... الى امتناع الرجوع

اليها في اعتبار ما بيعه ... وصيرورة ... منكرا بكل وجه مع ان الحكم انما تعلق في تقديم قول البايع على قيام العين من غير اعتبار الى علة
وهو متحقق مع انتقالها من ملكه وباقي وجه فرض ولو تعلقت انتقاله عنه لانه كالبيع ... من الخيار للبايع والمجتهد قبل القبض اعدم
حيث يجوز له الفسخ في قيامه مقام التلف احتمالان واولى بالعدم **الرابع** لو تلف بعض المبيع خاصة او انتقل عن ملكه ففي تنزيله منزلة
تلف الجميع او بقاء الجميع او الحاق كل جزء باصله احتمالات وان كان الاخير اوجه نظرا الى عدم صدق قيام عين المبيع الذي هو
مناط تقديم قول البايع ... ولان هذا الحكم على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع اليقين وهو قيام جميع العين ويبقى
ما عداه على الاصل من تقديم قول المنكر وهو المشتري ولا يرد المعارضة بان تقديم قوله مخصوص بتلف المبيع وهو غير متحقق لانا قد
بينا الآن ان هذا الحكم انما اخذ من مفهوم الخبر لا من منطوقه والتحقيق انه اخص من المفهوم وموضع النزاع داخل فيه فانه لا
على ما اقتضاه المنطوق انه متى لم يكن عين الشي قائمة لا يكون القول قول البايع وهو مفهوم الشرط المعتبر عند المحققين فيدخل
فيه ما لو تلف البعض مضافا الى ما حققناه من موافقته للاصل **الخامس** لو امتزج المبيع بغيره فان بقي التميز فعينه قائمة وان
لم يبق احتمل بقائه كذلك لانه موجود في نفسه وانما عرض له عدم التميز من غيره والمفهوم من قيام عينه وجوده خصوصا عند من
جعل التلف في مقابلته فانه ليس بتالف قطعا ويحتمل عدمه نظرا الى ثبوت الواسطة وعدم ظهور عينه في الحس ويمنع ارادة الوجود
من قيام العين وهذا كله مع مزجه بجنسه كالزيت يخلط بمثله والنوع الواحد من الحنطة كالصغير يختلط بمثله اما لو خلط بغير
جنسه بحيث صار حقيقة اخرى كالزيت يعمل صابونا فانه في منزلة التالف واما تغيره اوصافه بزيادة ونقصان فلا يقدح في قيام
عينه بوجه **السادس** حيث حكمنا بالتحالف اما مطلقا او مع الاختلاف في عين الثمن حلف كل منهما يمينا واحدة على نفي ما يدعيه الاخر
لا على اثبات ما يدعيه ولا جامعة بين الامرين فاذا حلفا انفسخ العقد ورجع كل منهما الى عين ماله ان كانت موجودة ومثلها
او قيمتها ان كانت تالفة والبادي باليمين منهما من ادعي عليه اولا على سبيل الاستحقاق فان حلف الاول ونكل الثاني عن اليمين
فان قضينا بالنكول يثبت ما يدعيه الحالف والا حلف يمينا ثانية على اثبات ما يدعيه وانما لم يكتف باليمين الجامعة مع تحقيق ذلك لانها
في مثل ذلك لان يمين الاثبات بعد النكول فلا يتقدم عليه البايع اذا وقع الفسخ بالتحالف فهل يبطل العقد من اصله ويرد
البيع منزلة المعدوم ام من حين التحالف والفسخ وجهان اختار اولهما العلامة في كره محتجا عليه بان اليمين اسقطت الدعوى
من راس فكانه لم يبيع كالو ادعى على الغير بيع شي او شراه فانكر وحلف فان الدعوى تسقط ويكون الملك باقيا على حاله ولم
يحكم بثبوت عقد حتى يحكم بانفساخه ويشكل بانهما اتفقا على وقوع عقد ناقل للملك اما في الثمن الموصوف واما في المعين الذي
اوجب التحالف لاختلافهم فالبيع ايضا متفق على انتقاله من البايع الى المشتري وانما الاختلاف في انتقال الثمن المعين فيمكن ان
يتوجه ذلك في هذا الثمن دون المثمن في الموضعين واختار ثانيهما في القواعد ويتفرع على ... والتحقيق ... الشرنا اليه من ان البيع
يبطل الامر حينه واما الثمن فيبقى على حكم الملك بالحلف كما اشار اليه في كره والاطلاق في الموضعين غير جيد ويظهر فائدة
القولين فيما لو وقع التحالف بعد انتقال العين من المشتري بعقد لازم كالبيع وشبهه او خرج عن ملكه بعتق ووقف ونحوهما
فعلى الاول يبطل العقود وغيرها ويرجع العين الى البايع وبه قطع في كره تفريعا على اصله وعلى الثاني يرجع الى القيمة يوم الانتقال
وبه قطع في عد تفريعا على اصله ولو تلف رجع بقيمته على القولين **السابع** لو تلف البعض او انتقل عن ملك المشتري انتقالا لازما رجع الموجود قطعا وبقيمة التالف وفي المنتقل الوجهان وهذا بخلاف ما تقدم في البحث الرابع والفرق ان الحكم هناك
معلق في النص على قيام العين وهو غير متحقق مع تلف البعض وهنا يرجع بالتحالف الى ما لزم ... كيف كان وقيمة الذاهب

ولو انتزع منه ما اشتركا للمشتري لو تعيب رجع بارش العيب ولو وجد العين مستاجرة او مرهونة انتظر انقضاء المدة او الفك وفي تخييره
بينه وبين القيمة معجلة وجه التاسع لو اختلفا في قيمة التالف فالذي يقتضيه اصول المذهب تقديم قول المنكر للزائد مع يمينه كما في
نظائره حتى الغصب فيه قول الحو بتقديم قول المالك وقد قرب العلامة هنا الحكم بالرجوع الى القيمة مثلا موصوفا بصفاته وهو
العلامة الذي نظرا الى ان الوصف يفيد اهل الخبرة علو القيمة فيكون مناسبا لرفع النزاع العاشر لو ان العقد يبطل بوجود الفاسد
ينفسخ فاسخ ... بما اسلفناه من ان يمين كل منهما يسقط دعوى الاخر فيكون الملك باقيا على الرد والحكم
عقد حتى يحكم بانفساخه وهذا على القول ببطلانه من اصله واما على القول ببطلانه من حينه فالظاهر كذلك ... دعوى كل منهما
بيمين صاحبه فينفسخ ... ولان امضاءه على وفق اليمين متعذر ... وهو ظاهر القواعد وحكي في كره عن الشافعي
للقائل بالتحالف وجهين في انفساخه بنفسه او توقفه على الفسخ وتوقف في ... الوجهين فعلى الثاني يفسخه المتعاقدان او احدهما او
يرفع احدهما الدعوى للحاكم ... ثم ان توافقا على الفسخ او فسخه
الحاكم انفسخ ظاهرا او باطنا وان بدر احدهما فان كان المحق فكذلك والا انفسخ ظاهرا **قوله** اذا اختلفا في تاخير الثمن وتعجيله
او في قدر الاجل او في اشتراط رهن او ضمين فالقول قول البايع مع يمينه ... في هذه المواضع كلها منكر ... انهما اتفقا
على صدور العقد وحصول الملك ... وانما اختلفا في قدر الثمن الزايد والبايع ينكره فيقدم قوله ...
بالخلاف هنا بناء على القول في المسئلة السابقة ... الوجه الذي اقتضاه ... المتفق عليه
ليس هذا المتفق عليه لان ... الملك ...
غير الملك ...
وانما ... الامور المذكورة ...
يلزم من ذلك ... المسئلة السابقة **قوله** و
اختلفا في المبيع فقال البايع بعتك ثوبا ... فالقول قول البايع ايضا وهذا النزاع نظير النزاع في قدر الثمن ...

[illegible]

[illegible]

[illegible]

وقت القيمة وثانيها يوم القبض لانه اول دخوله في ضمان المشتري وثالثها اعلى القيم من حين القبض الى التلف لانه في جميع ذلك مخاطب عليه
بدفعه وهو مضمون عليه والاول اجود والاخير احوط قوله وكذا لو قال بعتك كل قفيز منها بدرهم وبعتكها كل قفيز بدرهم وجه البطلان
في الاول جهالة المبيع لعدم العلم بقدر المبيع مطلقا لان مرجع هذا العقد الى تخيير المشتري في اخذ ما شاء منها بحيث يكون ضابط سعرها
ما يأخذه ان كل قفيز منه بدرهم فان اخذ قفيزا لزمه درهم وان اخذ قفيزين لزمه درهمان وهكذا ولا فرق في البطلان هنا
بين كون الصبرة معلومة ومجهولة واما الثاني فوجه بطلانه مع الجهالة انه بعد الصبرة فانه لا يعلم قدر ما يشتمل عليه من المقادير
المذكورة فيكون غررا لجهالة المبيع وان علم بعد ذلك والشيخ رحمه الله جوز البيع ح لان التقدير المذكور يزيل الغرر والمشهور خلافه نعم
لو باعه عددا معينا من المكيل كعشرة اقفزة منها مع علمهما باشتمالها عليه صح ولا فرق بين المعلومة العدد والمجهولة وان كانت معلومة
القدر وباعها كل قفيز بدرهم صح ايضا والحاصل ان المعلومة يصح بيعها جملة وجزء منها مشاعا ومعينا وبيعها كل قفيز بكذا والمجهولة
لا يصح بيع شيء مما ذكر سوى الجزء المعين الذي علم اشتمالها عليه او بيع كل قفيز من الصبرة بكذا اذا بطل بهذا قوله ويكفي فيه
المشاهدة اي يكفي في بيع هذه الارض ونحوها بتعريف المثال على ان الارض يكفي فيها المشاهدة وان لم يمسح وهو اشهر القولين في
اقربهما ومثلها الثوب ويظهر من الخلاف المنع فيهما ونقل البعض انه مذهب المصنف رحمه الله والسر في العبارة بالحكم دال ولا يجوز بالحالة
المجهولة قوله ولو قال بعتكها كل ذراع بدرهم لم يصح الا مع العلم بعدد ذرعانها لما تقدم في الارض والمشاهدة امكن كونها مجهولة الا ان
حالة البيع فاذا باعها كل ذراع بدرهم فلا بد من العلم بقدر ذرعانها ليعلم حينئذ جملة الثمن وان كانت هي معلومة على وجه يصح البيع
وهذا هو الفارق بينها وبين الصبرة المعلومة حيث صح بيعها كل قفيز بدرهم لان معلوميتها انما يكون من جهة الكيل فيستلزم
العلم بقدر الثمن ولو اكتفينا بالمشاهدة فيها كما ذهب اليه ابن الجنيد اشترط في بيعها كل قفيز بدرهم معرفة ما يشتمل عليه منه
قوله ولو قال بعتك عشرة اذرع منها وعين الموضع جاز لو لم يكن ان يراد بتعيين الموضع تعيين المبدأ والمنتهى والجوانب موضع
وفاق ويمكن ان يريد به تعيين مبدأ المبيع سواء عين المنتهى ام لا لارتفاع الجهالة في الجملة بسبب التعيين المذكور
وضبط الاذرع وفي المختصر خلاف والاجود الصحة ومثله القول في الثوب وقد تقدم وجه تقييد الصحة بتساوي الارض
او تقاربها والا فالبطلان اجود قوله ولو بلغه على انها جربان معينة فكانت اقل فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع و
اخذ بحصتها من الثمن وقيل بل بكل الثمن الى قوله والاول اشبه القول الاول مذهب الاكثر ووجهه ان المبيع مقدر
بقدر معين ولم يحصل ذلك القدر فيقسط الثمن عليه وعلى الفائت ان اختار المشتري الامضاء ولم يفسخ لفوات بعض
المبيع وهو لا يقصر عن فوات وصف ويشكل التقسيط بان الفائت لا يعلم قسطه من الثمن لان المبيع مختلف الاجزاء فلا
يمكن قسمته على عدد الجربان ووجه الثاني ان المبيع الذي تناولته الاشارة هو الارض المعينة لا غير فان رضي بها اخذها
بما وقع عليه عقدها من الثمن لان العقد وقع عليه وعلى الاول لو لم يعلم البائع بالنقصان هل يثبت الخيار ايضا يحتمل لانه لم
يرض ان يبيعها بالثمن اجمع ولم يسلم له وعلى تقدير الثبوت هل يسقط ببذل المشتري جميع الثمن يحتمل العدم لما مضى وقد
قطع في التحرير بعدم ثبوت الخيار فلا اشكال ولم يتلك كالعيب لوجود التفاوت وللشيخ قول ثالث ان البائع ان كان له ارض
تفي بالناقص مجاورة للارض المبيعة فعليه الاكمال منها والا اخذه المشتري بجميع الثمن او فسخ واستند في ذلك الى رواية لا تنهض
حجة في ذلك قوله ولو زاد كان الخيار للبائع بين الفسخ والاجازة بالثمن ووجهه ان المبيع هو العين المشخصة موصوفة بكونها
مقدار مخصوص بجملة الثمن المعين وفوات الوصف لا يخرج الجميع عن كونه مبيعا لكن يتخير البائع لفوات الوصف ويحتمل كون الزيادة

للبايع

للبايع فيتخير المشتري بين الفسخ والرضا في الباقي بجميع الثمن او فسخ واستند في ذلك الى رواية لا ينهض حجة ايضا قوله
ولو زاد كان الخيار للبايع بين الفسخ والاجازة بالثمن ووجهه ان المبيع هو العين المشخصة موصوفة بكونها مقدار مخصوص
بالثمن المعين وفوات الوصف لا يخرج الجميع عن كونه مبيعا لكن يتخير البايع لفوات الوصف ويحتمل كون الزيادة للبايع فيتخير
المشتري بين الفسخ والرضا في الباقي بجميع الثمن ويستقرب في التحرير تخيير البايع بين تسليم المبيع زائدا وبين تسليم القدر المشروط
فان رضي بالجميع فلا خيار للمشتري لانه زاده خيرا وان اختار الثاني تخير المشتري بين الفسخ والاخذ بجميع الثمن المسمى فان رضي
بالاخذ فالبايع شريك له ثم احتمل ح تخيره لتضرره بالشركة وعدمه لانه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن فاذا وصل اليه الثمن في
البعض كان اولى ولان الضرر حصل بتقريره ويحتمل بطلان البيع من راس لان البايع لم يقصد بيع الزائد والمشتري لم يقصد
شراء البعض وهذه تساوي الاجزاء كالحنطة قوله ولو نقص ما يتساوى اجزاؤه ثبت الخيار للمشتري بين الرد واخذه بحصته من
من الثمن وجه ذلك قد علم مما سبق في مختلف الاجزاء ويزيد هنا ان التقسيط ممكن بسبب تساوي الاجزاء ويشكل بما مر ايضا من
مجموع الثمن المقابل لمجموع الثمن هو ذلك الموجود غاية ما في الباب انه لم يعلم النقصان واختار العلامة في عدة من كتبه تساوي المسئلتين
في طرفي الزيادة والنقصان في الحكم بتخيير البايع او المشتري بين الفسخ والامضاء بالجميع وهو متجه قوله ولو جمع بين شيئين
مختلفين في عقد واحد بثمن واحد كبيع وسلف او اجارة وبيع او نكاح واجارة صح ويقسط الثمن على قيمة المبيع واجرة
المثل ومهر المثل لا خلاف عندنا في صحة ذلك كله لان الجميع مبني على عقد واحد والعوض فيه معلوم بالاضافة الى الجملة
فهو كاف في انتفاء الغرر والجهالة وان كان عوض كل منهما بخصوصه غير معلوم حال العقد وكون كل واحد بخصوصه بيعا في المعنى وبعضه
اجارة او غيرهما لا يوجب بعض معلوم لا يقدح لان هذا العقد بجميع هذه الصورة هو عقد واحد فيكفي العلم بالنسبة اليه
ثم ان احتيج الى التقسيط قسط على ما ذكر لان العوض المبذول في مقابلة المتعدد انما يبذل في مقابلة كل واحد لو وقع مستقلا
متعددة في عقد واحد واعتبار ثمن المثل واجرته موضع وفاق اما مهر المثل ففيه اشكال بما ثبت انه التراضي من ان المفوضة
ترجع الى مهر السنة لو زاد مهر المثل عنه وهذا الحكم يتعلق بما هو مقدر ابتداء اشبهت المفوضة فيحتمل كونها كذلك وان لا
يلزم الملاقي بمهر المثل والاجود اعتباره مط لانها ليست مفوضة بل مسماة للمهر غايته عدم العلم بقدر المختص ابتداء مع تقدير
التفويض فالرجوع الى مهر السنة على تقدير زيادة مهر المثل في موضع المنع قوله وكذا يجوز بيع السمن بظروفه ولو قال
بعتك هذا السمن بظروفه كل رطل بدرهم كان جايزا لانه يئول الى المستكين من معرفة وزن الظروف والظرف جملة وانما
يمتازان بان تقسيط الثمن عليهما في الاولى على ثمن مثلهما وفي الثانية عليهما باعتبار الوزن وتظهر الفائدة لو كان لكل
واحد منهما الواحد او ظهر احدهما مستحقا او اريد معرفة الحصص كل واحد منهما فعلى الاول يقسط الثمن على ثمن مثلهما بان يقال
قيمة الظروف مثلا درهم وقيمة السمن تسعة فيخص الظرف عشر الثمن كائنا ما يكون وعلى الثاني يوزن الظرف منفردا وينسب
الى الجملة ويؤخذ له من الثمن بتلك النسبة

الفصل الخامس في احكام العيوب

من اشترى شيئا مطلقا او بشرط الصحة اقتضى سلامة
المبيع من العيوب فاشتراط الصحة يفيد مجرد التاكيد لان الاطلاق يقتضي السلامة لان الاصل في الاعيان [illegible] فان ظهر
تخير كما ياتي وربما قيل ان فائدة اشتراط الصحة جواز الفسخ وان تصرف لو ظهر عيب حينئذ فائدة زائدة على الاطلاق كما
كاشتراط الحلول قوله ويسقط الرد بالبراءة من العيوب لا فرق في ذلك بين علم البايع والمشتري بالعيوب وجهلهما
والتفريق ولا بين الحيوان وغيره ولا بين العيوب الباطنة وغيرها عندنا ولا بين الموجودة حال العقد والمتجددة التي قد

[illegible] دون شأن لا يتفتح في الثاني كون البراءة مما لم يجب بعد لان البراءة انما هو من الخيار الثابت بسببها بمقتضى العقد لا بانه
وهل يدخل المتجدد بعد العقد وقبل القبض او في زمن خيار المشتري في البراءة السابقة المطلقة وجهان من العموم ومن
ان مفهوم البراءة من الموجود حال العقد قوله وبالعلم بالعيب قبل العقد اي علم المشتري به قبله فان عقده عليه
رضاء بالعيب قوله وباسقاطه بعد العقد اي اسقاط المشتري من الموجب خيار العيب ولا يختص لفظا بل كل ما
دل عليه من الالفاظ كاف فيه وهو يسقط الرد والارش لانهما متعلق الخيار ولا مرجح لاسقاط اللزوم بعد التزام
ولو قيد الاسقاط باحدهما اختص به قوله وكذا الارش عطف على قوله ويسقط الرد الشامل للمواضع الثلاثة والحكم في
الاوليين مطلق اما الاخير فانما يقتضيان مع الاطلاق او التصريح بالتعميم اما لو خص احدهما اختص الحكم كما مر قوله
ويسقط ما احدثه فيه حدثا كالعتق وقطع الثوب سواء كان قبل العلم بالعيب او بعده نبه بالمثالين على انه لا فرق
في الحدث بين الناقل عن الملك وغيره وقد تقدم تفصيله في باب الخيار ومنه ركوب الدابة ولو في طريق الرد وحلبها
ونقلها الى البلد البعيد دون سقيها وعلفها ولو توقف ردها على ذكره بحاجة بحيث يعسر قودها وسوقها [illegible]
لكونها [illegible] سواء كان قبل العلم او بعده على خلاف ابن حمزة حيث جعل التصرف بعد العلم مانعا من الارش كما يمنع
من الرد وهو ضعيف اذ لا دلالة للتصرف على اسقاطه والاصل يقتضي بقاؤه نعم يدل على الالتزام بالعقد فيسقط
الرد قوله ويحدث عيب بعد القبض فانه مانع من الرد بالعيب السابق دون الارش ولا فرق في العيب الحادث بين كونه
من جهة المشتري وغير جهته ويستثنى منه ما لو كان المبيع حيوانا وحدث فيه العيب في الثلاثة من غير جهة المشتري فانه
لا يمنع من الرد ولا الارش لانه مضمون على البايع والظاهر ان كل خيار مختص بالمشتري كذلك قوله ويثبت الارش في
الصورتين [illegible] ايضا في صورتين اخريين احدهما اذا اشترى من ينعتق عليه فانه ينعتق بنفس الملك ويتعين
الارش لو ظهر معيبا وفي رده الى صحة التصرف تكلف ذلك الثانية ما تقدم من اسقاط الرد دون الارش وقد
ينعكس الحكم في بعض الموارد فيثبت الرد دون الارش كما لو زادت قيمة المعيب [illegible] كما لو ظهر العبد
خصيا فان المشتري يتخير بين الرد والامساك مجانا ولو حصل مانع من الرد كحدوث عيب [illegible] سقط الامران
معا [illegible] الصبر على العيب والرد [illegible] ويمكن ترجيح البقاء اعتبارا بالمالية وهي القيمة [illegible] المشتري ربويا
بجنسه وظهر عيب من الجنس فللرد دون الارش حذرا من الربا ومع التصرف يسقطان كما مر على الاشكال قوله
ولو كان العيب الحادث قبل القبض لم يمنع الرد فيتخير بينه وبين الارش على المشهورة لان ضمان البايع الحاصل قبل القبض يقتضي
ضمان الاجزاء وشرط الشيخ رحمه الله في رجوع المشتري بالارش رضا البايع به مدعيا فيه الاجماع وهما ممنوعان وحمل على انه اراد
باجماع الطائفة وهو حمل بعيد قوله واذا اراد بيع المعيب فالاولى اعلام المشتري بالعيب او التبري من العيوب مفصلة الا
فالاولى ان يكون على وجه الاستحباب وهو يتم في العيب الظاهر وهو الذي يمكن المشتري ان يطلع عليه اما الخفي كشوب اللبن
بالماء فالاقوى وجوب الاعلام به وقد تقدم تحريمه ومقتضى جعله التبري قسيما للاعلام انه لو تبرأ من العيب الخفي مجملا
او مفصلا يسقط وجوب الاعلام ايضا [illegible] يشكل في مزج اللبن بالماء
المأخوذ من جنس اللبن وقد باعه على انه لبن فينبغي بطلان البيع [illegible] لان المبيع المقصود غير معلوم القدر
للمشتري ولو قيل بالصحة نظرا الى ان الجملة معلومة القدر كما لو باع ماله ومال غيره فينبغي عدم سقوط الخيار قوله ولو اجمل جاز

المراد

المراد بالاجمال ذكرها مطلقة او عامة كبرئت من عيبه او من جميع العيوب او من العيوب فانه يتناول كل عيب نظرا الى العموم وخالف فيه
بعض الاصحاب فحكم بانه لا يبرأ باجمال العيوب لانه بيع مجهول وهو ضعيف اذ لا جهل مع المشاهدة واعتبار ما يجب اعتباره في صحة
البيع والعيب الحاصل فيه غير مانع من صحة البيع قوله واذا ابتاع شيئين صفقة وعلم بعيب في احدهما لم يجز رد المعيب منفردا
وله ردهما او اخذ الارش [illegible] وتبعيض الصفقة على البايع فلا يندفع الضرر [illegible]
بينهما ولا في احدهما او باخذ ارش المعيب [illegible] وان كان العيب [illegible] قوله وكذا لو اشترى
اثنان شيئا [illegible] لهما رده او امساكه مع الارش وليس لاحدهما رد نصيبه دون صاحبه [illegible] هذا هو المشهور بين الاصحاب
ما تقدم من التعيب بالتبعيض مع انه عقد واحد وذهب الشيخ وجماعة الى جواز التفرق هنا للعموم ولجريانه مجرى عقدين
بسبب تعدد المشتري فان التعدد في البيع يتحقق بتعدد البايع وبتعدد المشتري وبتعدد العقد ولان التعيب جاء
من قبله حيث باع من اثنين وهذا انما يتم مع علمه بالتعدد ولو قيل بجواز التفرق مع علمه بالتعدد دون جهله كان وجها
اختاره [illegible] في التحرير وان كان القول بالجواز مطلقا متوجها ويتفرع على القول به ان يثبت للبايع الخيار في الباقي لتبعض
الصفقة مع جهله بالتعدد ولا فرق على القولين بين تعدد العين واتحادها فلا بين ان [illegible] قبل التفرق وعدمه ولو كان
المبيع عينين لكل واحد من المشتريين واحدة معينة وعلم البايع بالحال [illegible] فهو عقد واحد فجواز التفرق هنا اوضح
[illegible] الخلاف فيه نظرا الى اتحاد العقد [illegible] العيب في المبيع او ظهر في الثمن فان كان في جميعه فلا اشكال في تخيير
وان كان في بعضه ففي جواز رده خاصة نظرا الى ما ادعى من ان العقد في قوة المتعدد بسبب تعدد المشتري وجه وربما اختاره
بعض الاصحاب ويضعف بان التعدد بالنسبة اليه غير واضح والفرق بين المبيع والثمن ان المشتري الذي يرده انما يرد تمام حصته
فيكون كاملا [illegible] تمام المبيع نظرا الى تعدده بالنسبة اليه وهذا لا يأتي في الثمن لان البايع اذا رده انما يرده عليهما معا اذ
الغرض كونه مشتركا بينهما فاذا رد المعيب فقد رد على مستحقه بعض حقه دون البعض الاخر عنده وهو ممتنع نعم لو دفع كل من المشتريين
جزءا من الثمن معينا او اشترى بالمجموع شيئا مشتركا فظهر باحدهما عيب وكان المعيب مساويا لحصة صاحبه تخير [illegible]
مالكه لتحقق التعدد واعلم ان هذا الحكم [illegible] لو تعدد المشتري اما لو تعدد المستحق للمبيع مع اتحاد المشتري ابتداء كما لو تعدد
وارث المشتري المتحد فانه ليس لهم التفرق لاتحاد الصفقة والتعدد طار مع احتماله قوله واذا وطئ الامة ثم علم بعيبها
لم يكن له ردها فان كان العيب حبلا جاز له ردها ويرد معها نصف عشر قيمتها لمكان الوطي ولا يرد مع الوطي بغير عيب الحبل وتحرير
هذه المسئلة يتوقف على مقدمات الاولى ان تصرف المشتري في المبيع المعيب يمنع من رده وان جاز له اخذ الارش الثانية
الحمل في الامة عيب سواء كان حملها من المالك ام لا لان ولادتها يشتمل على الخطر وهو نقص محض ان قلنا ان الحمل لا يدخل في بيع
الامة كما هو المشهور والا كان نقصا من وجه وزيادة من وجه وهو كاف في ثبوت الخيار ايضا الثالثة ان الوطي تصرف
بل هو من اقوى انواع التصرف فالاصل فيه ان يكون مانعا من الرد الرابعة ان وطئ المالك الامة لا يتعقب عليه ضمان للبضع
لانه تصرف في ماله وان فسخ في المبيع بعده لانه بوجه من الوجوه المجوزة له الخامسة ان المولى لو وطئ امته جاز له بيعها مع عدم
تيقن الحمل ثم ان ظهر بها حمل منه تبين بطلان البيع لكونها ام ولد وهذه المقدمات كلها اجماعية السادسة ان وطء امة
الغير جهلا بالتحريم يوجب على الواطي عشر قيمتها ان كانت بكرا ونصف العشر ان كانت ثيبا لدلالة النصوص على هذا التقدير
السابعة ان الفسخ بالعيب يبطل العقد من حينه لا من اصله لتحقق الملك بالعقد وجواز الاستمرار عليه فلا معنى لرفع ما قد

ثم اذا تقررت هذه المقدمات فنقول اذا اشترى امة وتصرف فيها ثم علم فيها بعيب سابق لم يجز له ردها بل يتعين الارش لكن ورد في النصوص الصحيحة استثناء مسئلة وهي ما لو كان العيب حبلا وكان التصرف بالوطء فانه يردها ويرد معها نصف العشر لمكان الوطء وهذا الحكم كما ترى مخالف لهذه المقدمات من حيث جواز الرد مع التصرف وفي وجوب شيء على المشتري مع انه وطأ امته وفي اطلاق وجوب نصف العشر مع ان ذلك عقر الثيب والمسئلة مفروضة فيما هو اعم منها ومن البكر ولاجل هذه المخالفات التجأ بعض الاصحاب الى حملها على كون الحمل من المولى البائع فانها تكون ح ام ولد فيكون البيع باطلا والوطء في ملك الغير جهلا فيلزم فيه العقر واطلاق نصف العشر مبني على الاغلب من كون الحامل ثيبة فلو فرض على بعد كونها حاملا بكرا كان اللازم العشر وفي هذا الحمل دفع لهذه الاشكالات الا انه مدافع لاطلاق النصوص بالحمل ونصف العشر من غير تقييد الحمل بكونه من المولى وكونها ثيبا … لتقييد النص … بكونه بالوطء اللازم … على كل حال لبطلان البيع وليس تقييد الحمل المطلق في النصوص الصحيحة وفتوى اكثر الاصحاب او كون المردود نصف العشر خاصة اولى من استثناء هذا النوع من التصرف من بين سائر التصرفات وكون المنفعة مضمونة على المشتري لما تأباه على ان الفسخ يبطل العقد من حينه نظرا الى ان العيب يقتضي تزلزل العقد مع احتياد الرد … المنفعة … من عدم الملك وان العقد متوقف على الخيار … اولى من ضمان قد وجد في العبارة المردودة على ما سيأتي ويكفي في التخصيص بكون المردود نصف العشر موافقة الغالب الاكثر من كون الحامل لا يكون بكرا وبالجملة فالعدول عن ظواهر هذه النصوص الكثيرة مع عمل اكثر الاصحاب بها لمناسبة الاصول غير … فيكون الرد على وجه الجواز لا اللزوم ان لم يكن الحمل من المولى وهل يختص بالوطء ام يلحق به مقدماته من اللمس والقبلة والنظر بشهوة وجهان من الاولوية واستلزامه لها غالبا ومن الاقتصار فيما خالف الاصل على مورد النص … تلك الاشياء على وجه الجمع بينها وبين الوطء ولو اختص الاخير المتصرف بها فالالحاق بها من باب مفهوم الموافقة اوجه وان كان استثناءها … وهل يختص الحكم بالوطء المتعارف في القبل ام يعم الدبر وجهان اجودهما الالحاق لانه وطء في الجملة فيتناوله النص وهل الواجب العشر او نصفه وجهان … وطء البكر الموجب للعشر … الى الفهم تعليله بان له البكارة وهو الفرق بينها وبين الثيب والاجود … اطلاق الامر بالنصف في النص … على الوطء فيتناول صورة النزاع ولو كان العيب غير الحمل فلا رد مع الوطء اقتصارا على موضع اليقين كما انه لو تصرف بغيره فلا رد وان كان العيب الحمل قوله والضابط ان كل ما كان في اصل الخلقة فزاد او نقص فهو عيب المراد باصل الخلقة الموجود في خلقة اكثر النوع الذي يعتبر فيه ذلك … ولا يعتبر مع ذلك كون الزائد والناقص موجبا لنقص المالية لاطلاق النص والاتفاق على ان الخصاء عيب مع ايجابه زيادة المالية وكذا عدم الشعر على الركب وهو واقف ابن ابي ليلى مع محمد بن مسلم … العلامة على الضابط فيكون موجبا للرد مع موافقته على ما ذكرناه ما لا يوجب نقص القيمة قوله او عارض ولو كان حمى يوم … حمى يوم انها التي تأتي في يوم من الايام وتذهب فيه ثم لا تعود فلو عادت كل يوم لم يسم حمى يوم بل حمى الورد او يوما بعد يوم فحمى الغب الى غير ذلك … ثبوت العيب بحمى اليوم يتحقق بان يشتريه فيجده محموما … قبل القبض فانه يجوز له الفسخ وان ذهب عنه الحمى في ذلك اليوم وليس المراد بها ما … معين من الاسبوع كما فسرها بعضهم فان تلك لا تسمى حمى يوم ولا ما يأتي كل يوم كما قلنا قوله والثاني في الاسنان والرجح في الموجبة … الاسنان تحريكها وتحديد اطرافها … المرأة حاجبها

وفقد

وفقده وطوله والاطلاق اشتراط ذلك يقتضي كونه خلقيا لا مكتسبا نعم لو شرط ما يشمل التكلفي … ثبت الخيار لو وجده على الطلاق قوله التصرية تدليس يثبت به الخيار مصدر قولك صريت اذا جمعت من الصري وهو الجمع تقول صريت الماء في الحوض اي جمعته وصرية الشيء تصرية اذا لم تحلبها اياما حتى يجتمع اللبن في ضرعها والشاة مصراة والمصراة محفلة ايضا وهو من الحفل هو الجمع … والمراد هنا ان يربط اخلاف الشاة ونحوها ولا يحلبها يومين او اكثر فيجتمع اللبن في ضرعها فيظن الجاهل بحالها كثرة ما تحلبه كل يوم فيرغب في شرائها بزيادة والاصل في تحريمه مع الاجماع النص عن النبي صلعم وهو من طرق العامة وليس في اخبارنا ما تصرح به لكنه في الجملة موضع وفاق والتدليس تفعيل من الدلس محركا وهو الظلمة كان المدلس … المراد به اخفاء عيب السلعة قوله ويرد معها مثل لبنها او قيمته مع التعذر وقيل يرد ثلاثة امداد من طعام مع التعذر قيمة المردود … وهما المثل او القيمة اي يرد مثل اللبن مع تعذره لانه مثلي فان تعذر فقيمته وقت الدفع ومكانه فانه وقت الانتقال الى القيمة في المثلي والمراد باللبن الموجود حال البيع لانه جزء من المبيع فاذا فسخ البيع رده كما يرد المصراة اما المتجدد بعد العقد ففي وجوب رده وجهان من اطلاق الرد في الخبر ومن انه نماء المبيع الذي هو ملكه والعقد انما ينفسخ من حينه وهو الاقوى فعلى هذا لو امتزج الموجود حالة البيع بالمتجدد صار شريكا ورجعا الى الصلح والمراد بتعذر رد اللبن عدمه اصلا اما لو تغير في ذاته او صفته بان عمله جبنا او مخيضا ونحو ذلك فهل الانتقال الى بدله او رده مع الارش ان اوجب نقصا وجهان اجودهما الثاني ولو حلبها قبل العلم بالعيب صار شريكا بنسبته والقول برد المثل او القيمة مع التعذر هو مقتضى قواعد الاصول حيث لا دليل على ما يخالفه والقول برد ثلاثة امداد من طعام للشيخ … استنادا الى رواية … قول اخر برد صاع من تمر او صاع من بر لان ذلك هو المنصوص عن النبي صلعم في حكم المصراة الا انه ليس من طرقنا فالرجوع الى الاصول المتفق عليها اولى قوله وتختبر بثلثة ايام … يعلم كونها مصراة … بثلثة ايام فان اتفقت فيها الحلبات اتفاقا تقريبا لا يخرج عن العادة … فليست مصراة وان اختلفت الحلبات في الثلثة بان كانت ما عدا الاولى اقل فهي مصراة وكذا لو كان بعضها ناقصا والاخر زائدا عن الاول او مساويا هذا كله اذا لم يثبت كونها مصراة بغير الاختبار فلو ثبت باقرار البايع او البينة جاز الفسخ قبل الثلثة لكن بشرط النقصان فلو تساوت او زادت بهبة من الله تعالى فالاشهر زوال الخيار لزوال الموجب مع احتمال بقائه … لو لم يعلم بالعيب حتى زال … ثبت التصرية بالاختبار فالخيار بعد الثلثة بلا فصل على الفور وبالاقرار او البينة … امتداد الثلثة بشرط عدم التصرف بغير الاختبار وفي كلام الاصحاب في هذا المقام اختلاف كثير والحاصل ما ذكرناه قوله ويثبت التصرية في الشاة قطعا وفي الناقة والبقرة على تردد وجه التردد من عدم النص عندنا ظاهرا على هذا الحكم لكن الشاة … فيحتمل الحاق الناقة والبقرة بها لمساواتها لها في العلة الموجبة للخيار وهي كون اللبن مقصودا مع التدليس وادعى الشيخ الاجماع على الحاقهما بها فان ثبت فهو الحجة والا … اثبات الحكم المخالف للاصل بغير نص ولا اجماع اشكال وطرد ابن الجنيد الحكم في سائر الحيوانات حتى الادمي وفي بعض الاخبار من طرق العامة ما يدل عليه وهو مناسب لمقابلة المدلس … قوله ولو صرى امة لم يثبت الخيار مع اطلاق العقد لعدم النص وكون التصرف … نعم مع الشرط يثبت الخيار … الارش … العبارة … وان تصرف به كما في الحارة قوله وكذا لو صرى البايع اتانا … والحكم فيها كالامة من حيث عدم النص وكون زيادة اللبن غير مقصودة غالبا الا مع الشرط … قوله ولو زالت

التصرية وصارت عادة قبل انقضاء الثلثة الايام سقط الخيار ولو زالت بعد ذلك لم يسقط هذا يتجه اذا كان ثبوت التصرية بغير الاختبار لما تقدم انها لا يعلم الا بعد الثلثة ولو زالت التصرية بعد الثلثة فيمكن فرضه مع الاختبار ايضا بان ينقص اللبن في الثلثة ثم يزيد بعدها على الحد الذي كان اولا فانه لا يسقط الخيار السابق لسبق استقراره وقد تقدم ان الخيار ح يكون بعد الثلثة بلا فصل … في هذه الصورة على وجه لا ينافي الفورية بان يقع الفسخ الفوري بعدها وان تحقق الزوال بعد ذلك بمعنى ان الزيادة المتجددة لا يكون كاشفة عن بطلان الاختبار لا مبطلة له … قوله الثيوبة ليست عيبا هكذا اطلق الاصحاب والاكثر من غيرهم نظرا الى ان اكثر الاماء لا يوجدن الا ثيبات فكانت الثيوبة بمنزلة الخلقة الاصلية وان كانت عارضة ويشكل ذلك في الصغيرة التي ليست محل الوطء فان اصل الخلقة والغالب مثلها البكارة فينبغي ان يكون الثيوبة عيبا ونقل … في كره عن بعض الشافعية ونفى عنه الباس وهو كذلك بل يمكن القول بكونها عيبا مطلقا نظرا الى الاصل وهو قول ابن البراج قوله نعم لو اشترط البكارة فكانت ثيبا كان له الرد ان ثبت انها كانت ثيبا وان جهل ذلك لم يكن له الرد لان ذلك قد يذهب بالخطوة ولا ريب ان البكارة وصف مقصود للعقلاء فمع اشتراطه … التخيير بين الرد والامساك لفوات الشرط ان ثبت انها كانت ثيبا حال البيع بالبينة او اقرار البايع او قرب زمان الاختبار من زمان البيع بحيث لا يمكن تجدد الثيوبة وهل يثبت الارش مع اختيار الامساك الاقوى ذلك … نقصان القيمة … ويحتمل العدم لان الارش جزء من الثمن وهو لا يوزع على الشروط وذهب بعض الاصحاب الى عدم التخيير لفوات البكارة والمشهور هو الاول ولو انعكس الفرض بان شرط الثيوبة فظهرت بكرا فالاقوى تخييره ايضا بين الرد والامساك لكن بغير ارش … وقيل لا رد هنا لزيادة قيمة البكر قوله الاباق الحادث عند المشتري لا يرد به العبد اما لو ابق عند البايع كان للمشتري رده ظاهر العبارة الاكتفاء في عيب الاباق لو تحقق مرة عند البايع وبه صرح في كره وشرط بعض الاصحاب اعتياد ذلك وهو اقوى واقل ما يتحقق بمرتين ولا يشترط في جواز الرد به اباقه عند المشتري بل متى تحقق ذلك عند البايع جاز الرد ولو تجدد الاباق عند المشتري في الثلثة من غير تصرف فهو كما لو وقع عند البايع قوله اذا اشترى امة لا تحيض في ستة اشهر ومثلها تحيض كان ذلك عيبا لانه لا يكون الا لعارض غير طبيعي الحكم بكون ذلك عيبا مذهب الاكثر وهو موافق للاصل من كون ذلك وصفا … قبول الحمل … داود بن فرقد عن الصادق عليه السلم قال سألت اباعبد الله عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة اشهر وليس بها حمل قال ان كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد به وفي الدليل على اعتبار الستة اشهر نظر فانه انما علق الحكم على حيض مثلها … نفي الصغر والياس وان كان ذلك مستفادا من اشتراط الادراك ونفي كونه عن كبر فان من المعلوم ان مثلها يحيض في تلك المدة واقل منها والسؤال وقع عن تأخير الحيض ستة اشهر والجواب لم يقيد به … فلو قيل بثبوت الخيار حتى تأخر حيضها عن عادة امثالها في تلك البلاد كان حسنا وظاهر ابن ادريس نفي الحكم رأسا والحق خلافه قوله من اشترى زيتا او بزرا فوجد فيه ثفلا فان كان مما جرت العادة بمثله لم يكن له رد ولا ارش وكذا لو كان كثيرا وعلم به البزر بفتح الباء وكسرها … الكتان … والثفل بالضم والثافل ما استقر تحت الشيء من كدرة والحكم باستثناء ما جرت به العادة لا شبهة فيه لان مثل ذلك ليس عيبا لاقتضاء طبيعة الدهن كون ذلك فيه غالبا وانما اشكل الحكم فيما لو كان كثيرا وعلم به … المقصود بالذات الموجب للغرر … في مثل ذلك

غير كافية

غير كافية ودفع بان معرفة مقدار الجميع كافية كما في معرفة مقدار السمن بظرفه جملة من دون العلم بالتفصيل … وتحمير الوجه ووصل الشعر وما شابهه تدليس يثبت به الخيار دون الارش … ولا يثبت به خيار والاول اشبه … الخيار في ذلك وشبهه للشيخ في الخلاف محتجا عليه بوجوب الوفاء بالعقد فيحتاج الخيار الى دليل ولم يثبت كون هذه الاشياء عيوبا والاكثر على ثبوت الخيار لانه تدليس ولان الاغراض تختلف في ذلك فربما رغب المشتري فيما شاهده اولا ولم يسلم له وهو الاجود نعم لو شرط … التخيير بين الرد والامساك اجماعا وكيف كان فلا ارش لانه ليس عيبا قوله اذا قال البايع بعتك بالبراءة وانكر المبتاع فالقول قوله مع يمينه … لاصالة عدم البراءة … عليه العلم بالعيب زاد في كره دعواه عليه التقصير في الرد وهو متجه ايضا … خيار العيب قوله اذا قال المشتري هذا العيب كان عند البايع فلم يرده وانكر البايع فالقول قوله مع يمينه اذا لم يكن للمشتري بينة ولا شاهد حال يشهد له اي قول البايع لاصالة عدم التقدم والمراد بشاهد الحال نحو زيادة الاصبع واندمال الجرح مع قصر زمان البيع بحيث لا يحتمل تأخره عادة ويعتبر كونه مفيدا للقطع فيقدم قول المشتري بغير يمين ولو شهد الحال للبايع كذلك كطراوة الجرح مع تطاول زمان البيع فلا يمين عليه ايضا وحيث يفتقر البايع الى اليمين يحلف على القطع بعدم العيب … ان كان اختبر المبيع قبل البيع واطلع على خفايا امره كما يشهد بالقطع على الاعسار والعدالة ونحوهما مما يكتفي فيه بالاختبار الظاهر ولو لم يكن اختبره ففي جواز حلفه على القطع عملا باصالة العدم واعتمادا على ظاهر السلامة نظر واستقرب في كره هنا الاكتفاء بالحلف على نفي العلم وهو حسن لاعتضاده باصالة عدم التقدم فيحتاج المشتري الى اثباته قوله يقوم المبيع صحيحا ومعيبا وينظر في نسبة النقيصة ويؤخذ من الثمن بنسبتها اشار بذلك الى كيفية معرفة الارش حيث يثبت وهو تارة يكون للمشتري بان يجده معيبا وتارة للبايع بان يفسخ بخياره بعد تعيبه في يد المشتري عيبا مضمونا … قوله ويؤخذ من الثمن بنسبتها يتم في الاول دون الثاني لان البايع لا يأخذ من الثمن بل يأخذ تفاوت ما بين القيمتين … وقوله بنسبتها … الى قيمة صحيحة … فان النسبة … الى القيمتين معا … وانما احتيج الى هذه النسبة لجواز اختلاف الثمن والقيمة فلو اخذ تفاوت ما بين القيمتين لامكن اخذ الثمن والمثمن كما اذا كان الثمن خمسين وقوم المبيع صحيحا بمائة ومعيبا بخمسين فعلى اعتبار النسبة يؤخذ نصف الثمن وهو خمسة وعشرون ولو اخذ التفاوت كان مجموع الثمن وما اطلقه المتقدمون من اخذ تفاوت ما بين المعيب والصحيح مبني على الغالب من بيع الشيء بقيمته … والمعتبر في قيمته صحيحا حالة العقد لانه حين الانتقال الى ملك المشتري ووقت استحقاق الارش وقيل حين القبض لانه حين استقرار الملك … لو حصل التلف وضعف بان ذلك لا دخل له في اعتبار القيمة مع كون استحقاق الارش قبله وقوى الشيخ اعتبار الاقل من قيمته يوم العقد والقبض … وهو ضعيف قوله فان اختلف اهل الخبرة في التقويم عمل على الاوسط المراد بالاوسط قيمة منتزعة من مجموع القيم نسبتها اليه كنسبة الواحد الى عدد تلك القيم ففي القيمتين نصف مجموعهما ومن الثلث ثلثه وهكذا وانما اعتبر ذلك لانتفاء الترجيح … ولانتفاء الوسط في نحو القيمتين والاربعة فلم يبق الا ان يراد بالوسط معنى اخر وهو انتزاع قيمة من المجموع بحيث لا يكون القيمة المنتزعة اقرب الى واحدة منها … ان يجمع القيم الصحيحة على حدة والمعيبة كذلك وينسب احدهما الى الاخرى ويؤخذ بتلك النسبة ولا فرق في ذلك بين اختلاف المقومين في القيمة

الصحيح والمعيب معا في احدهما دون غيره فذلك يتم بصور الاول ان يختلف المقومون فيهما معا كما لو قالت احدى البينتين قيمته
اثنى عشر صحيحا وعشرة معيبا والاخرى ثمانية صحيحا وخمسة معيبا فالتفاوت بين مجموع القيمتين الصحيحتين ومجموع المعيبتين
الربع فيرجع بربع الثمن فلو كان الثمن اثنى عشر فالارش ثلثة ويحتمل ان ينسب معيب كل قيمة الى صحيحها ويجمع قدر النسبة
ويؤخذ من المجتمع بنسبة القيم ففي المثال التفاوت ما بين المعيبة والصحيحة على قول الاولى السدس وعلى قول الثانية ثلثة اثمان
مجموع ذلك من الاثنى عشر ستة ونصف فيؤخذ نصفها اكثره ربع ولو كانت البينات ثلثا قالت احديها كالاولى والثانية
قيمته عشرة صحيحا ثمانية معيبا والثالثة ثمانية صحيحا وستة معيبا فالقيم الصحيحة ثلثون والمعيبة اربعة وعشرون والتفاوت
بينهما ستة هي خمس الصحيحة فيرجع بخمس الثمن وعلى الاحتمال يجمع سدس الثمن وخمسه وربعه ويؤخذ ثلث المجموع وهو يزيد
عن الاول في المثال بثلث لا خمس الثاني ان يتفق البينات على القيمة الصحيحة ويختلف في المعيبة كان تتفق على ان قيمته
اثنى عشر صحيحا ثم قالت احديهما عشرة معيبا وقالت الاخرى ستة فطريق الاول ان يؤخذ التفاوت ما ينصف المعيب في نسبته النصف
الى الصحيح فيطهر التكثار بجمع القيمتين وتكرير الصحيحة مرتين ونسبة المجموع على المجموع وعلى الاحتمال نسبة العشرة الى
الاثنى عشر واخذ السدس ثم النسبة الى الاثنى عشر واخذ النصف ويؤخذ نصف المجتمع وهو الثلث وهنا يتحد الوجهان ولو كانت
البينات ثلثا واتفقت على الاثنى عشر صحيحا وقالت الثالثة ان قيمته ثمانية معيبا كررت الصحيحة ثلثا وضممت الثمانية الى الاخريين
اخذت نسبة الثمانية الى الاثنى عشر الى مجموع النسبتين فاخذت ثلث المجموع وهو الثلث على الوجهين ايضا وعلى هذا القياس الثالث
ان يتفق البينات على المعيبة دون الصحيحة كان اتفقت على ان قيمته ستة معيبا وقالت احدى البينتين قيمته ثمانية صحيحا
والاخرى عشرة فان شئت جمعت الصحيحتين ثمانية عشر والمعيبين اثنى عشر والتفاوت بينهما الثلث وهو الارش وان شئت
اخذت نصف الصحيحتين ونسبته الى المعيبة وهو الثلث ايضا وعلى الاحتمال يجمع التفاوت وهو ربع وخمسان ويؤخذ
نصفه ويحتمل الاختلاف بين الامرين ولو كانت البينات ثلثا فالت الثالثة ان قيمته اثنى عشر صحيحا فان شئت جمعت
الصحيحة ثلثين واخذت ثلثها وجعلته القيمة الصحيحة ونسبته الى المعيبة واخذت من الثمن بنسبة التفاوت وهو خمسان
وان شئت ضعفت المعيبة الى ثمانية عشر ونسبتها الى الثلثين وعلى الاحتمال يجمع تفاوت ما بين الثمانية والستة وهو الربع
وبينها وبين العشرة وهو خمسان وبينها وبين الاثنى عشر وهو النصف ويؤخذ ثلث المجموع ويظهر بين الامرين تفاوت ايضا
وقس على هذا ما شئت قوله ولو علم بالعيب ولم يرد لم يبطل خياره ولو تطاول ... هذا هو المعروف في المذهب ولا نعلم فيه خلافا
نعم علم ... الاقرب وهو ... ولكن بالعلم ... الشافعي ... ويحتمل ان لم يثبت الاجماع
سقوطه بالدليل السابق في نظايره قوله سواء كان غريمه حاضرا او غائبا ... على خلاف ابي حنيفة حيث شرط حضور
الغريم في جواز الفسخ قوله اذا حدث العيب بعد العقد وقبل القبض كان للمشتري رده وفي الارش تردد ... من ان
الخلل ... الى الاجزاء والاول ثابت في التلف قبل القبض فيكون الثاني كذلك ... اللزوم ... البايع
خرج منه الملك فبقى الباقي ... والاول اقوى وقد تقدم مثله قوله ولو قبض بعضه وحدث في
الباقي حدث كان الحكم كذلك فيما لم يقبضه يعني انه لو تعيب غير المقبوض بين ... الجميع ... على
المعيب ... وان كان ... العبارة ... العولين ... الجواز ... الى ... هو
العيب الحادث في البعض وقد يحدث حين كان ذلك البعض ... الصفقة

بعده قوله وما يحدث في الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار لا يمنع الرد في الثلثة المفهوم منه انه لا يمنع الرد وجعل الشارح
له فائدة الرد مجانا في الثلثة الايام ... العيب الحادث ... وجه علم ... ذلك ظاهر لان العيب الحادث في الثلثة من غير جهة المشتري
مضمون على البايع كالسابق فلا يكون مؤثرا في رفع الخيار وهذا هو المنقول من مذهب الاصحاب في المسألة ونقل عن شيخه ابن نما
الخيار في المسألة المفروضة بالعيب الحادث بناء على ما ذكره من التعليل فان العيب الحادث في الثلثة لما كان مضمونا على البايع
كالسابق لزمه التخيير بين الرد به واخذ ارشه ويظهر فائدة الخلاف في ثبوت الخيار بعد انقضاء الثلثة وعدمه فعلى الاول يرتفع
دون الثاني اذ لا يتقيد خيار العيب بالثلثة غايته حصول الخيار فيها بعلتين وهو غير قادح اذ ليست علل حقيقية حتى
يمتنع اجتماعها وانما هي معرفات كما في خيار المجلس والحيوان والشرط والغبن والعيب فلم يمكن اجتماعها على محل واحد ويظهر الفائدة
فيما لو شرط اسقاط بعضها ... قوله وروى ابو همام عن الرضا عليه السلام في الجنون والجذام والبرص ... من احداث
السنة من الجنون والجذام والبرص في رواية علي بن اسباط ... السنة الجنون والجذام والبرص والقرن ... الى تمام السنة والمراد
ان هذه الامراض اذا حدثت ما بين البيع وتمام السنة يرد بها المملوك وان لم يكن الرد في السنة لانتفاء المعيب على الفور
والعبارة ... ذلك ... ثبوت الحكم للاربعة ولكن يبقى في حكم الجذام اشكال فانه يوجب العتق على المالك
كما ... وان كان حدوثه في السنة دليلا على تقدمه على البيع لما ... في تعليل الرد بهذه الاحداث ان وجودها في السنة
دليل على حدوثها قبل البيع لانها تكون في البدن سنة ثم تخرج فيكون عتقه على البايع فيكشف ظهوره عن بطلان البيع فلا
خيار وان عمل على الظاهر كان حدوثه في ملك المشتري موجبا لعتقه قبل ان يختار الفسخ اذ ليس لاختيار حق يتحقق ...
حكم ... الفسخ ... بعد العتق وقد تقدم نظيره ويمكن حمله بان الحكم بعتقه بالجذام مشروط بظهوره
بالفعل كما هو ظاهر النص ولكن يحتمل في ... فلا يعتق على البايع قبل ... لعدم ظهوره ولا بعده قبل الفسخ لعدم ملكه
عتقه على المشتري ... على ظهوره وهو متأخر عن سبب الخيار فيكون السابق ... وان فسخ عتق على البايع بعده
دون اختيار الامضاء فيعتق على المشتري بعده فينبغي تأمل ذلك قوله فلو حدث ابقه عنده وصفقة ... الارش ... الاجود ان
التصرف مانع من الرد لكن هذا من العيوب وان لم يجب تقبيل الفصل السادس في المرابحة المرابحة مفاعلة من الربح وهي يقتضي صدوره من الجانبين
ووجهه هنا ان العقد لما توقف على الرضا والصيغة من الجانبين كان كل منهما فاعلا للربح وان اختص بملكه احدهما ...
واعلم ان العقد باعتبار الاخبار براس المال وعدمه اربعة اقسام لانه اما ان يخبر به او لا والثاني المساومة وهي افضل الاقسام والاول
اما ان يبيع معه براس المال او بزيادة عليه او نقصان عنه فالاول التولية والثاني المرابحة والثالث المواضعة وقد يجتمع في عقد واحد
الاقسام الاربعة بان يكون العين ملكا لاربعة اشترى احدهم ... بعشرين والاخر بخمسة عشر والثالث بعشرة والخامس ...
والرابع لم يبين الحال وباعوها بستين فان الثمن يقسط على اجزائها لا على ثمنها فالبيع بالنسبة الى الاول مواضعة والى الثاني
تولية والى الثالث مرابحة والى الرابع مساومة قوله ولا بد ان يكون راس المال معلوما وقدر الربح معلوما اي معلومين للمتعاقدين
حال البيع ولا يكفي علم احدهما ولا تجدد علمهما بعد العقد وان افضيا الى المنضبط كما لو علما بالثمن وجعلا لكل عشرة درهم
ولا يعلمان ما يحصل من المجموع حالة العقد قوله ولا بد من ذكر الصرف والوزن ... اذا اختلفت النقود واختلف ...
... بعض ... الكثر وكذا الوزن ... المثل ... قوله ولو اشترى
بثمن ورجع بارش عيبه اسقط قدر الارش واخبر بالباقي لان الارش جزء من الثمن فلا بد من بيانه وان كان قوله اشتريته

العيب
وهو الثمن الاصلي حط الطرف النقصان الذي هو ... الجناية ... الارش ... الفرق بين الجناية و
ان ارش العيب ثابت باصل العقد فكانه مستثنى من الثمن بخلاف الجناية الطارية فانها تلحق ... الدابة ولا يرد مثله في العيب
الحادث بعد العقد قبل القبض ... من الجناية لان ذلك مستحق باصل العقد ومقتضاه فكان كالمتجدد ... نعم
لو نقص بالجناية وجب عليه الاخبار بالنقص قوله ويكره نسبة الربح الى المال لانه ... صورة الربا ولا يحرم للاصل خلافا للشيخ
في احد قوليه استنادا الى رواية لا دلالة لها عليه مع امكان حملها على الكراهة قوله ويكره قبل ... ان كان مما يكال او يوزن
الاظهر ... ان المنع اقوى قوله ولو كان شرط ... حال البيع ان يبيعه لم يجز ... تقدم الكلام في ذلك في ...
كلها ... لم يجز ينبغي عوده الى البيع ليقع بالبطلان ... لا الى الشرط فان عدم جوازه ... لا يبطل العقد وانما
يبطل لو كان الشرط ان يبيعه بعد العقد بل يحصل ولو شرط بيعه بعد مدة او ... قوله وان كان ذلك من
قصدهما ولم يشترطا لفظا كره اولم يشترطا في نفس العقد فلا عبرة بشرط ... لو توهم ... وذكره فيه مع ذكره
قبله ... الشرط ... ان ... القصد للفظ ... بطلان العقد لان العقود تتبع القصود فكيف يصح
العقد مع مخالفة اللفظ للقصد ... وان كان معتبرا في الصحة فلا يعتبر في البطلان ... البطلان
اللفظ والقصد ... ولم يوجد في الفرض ... ظاهر فان اعتبارهما معا في الصحة يقتضي ... احدهما كافيا
في البطلان ... عبارة ... المكره ... الموجب للبطلان هو القصد ... والا
فاللفظ موجود والذي ينبغي فهمه انه لا بد من قصدهما الى البيع المترتب عليه اثر الملك للمشتري على ...
يقتصر قصدهما الرد ... الاخبار ... البايع بالمشتري وانه لا يمنع من رده اليه ...
اخباره ... قوله فلو باع غلامه ... اشتراه منه ... ان يخبر بالثمن الثاني ... المراد ...
... ويحل ... مع قصد زيادة الثمن ...
التحريم وهو حسن ... بحرم لانه خيانة يقتضي التحريم مع عدم الشرط ايضا اذا كان قصدهما ذلك ...
للخيانة ... على ... شرطها ... مع اتفاقهما عليه ... بحرمة التحريم في صورة
عدم شرط الاعادة لان التحريم لا يتحقق الا مع عدم صحة البيع ... الزيادة ومع شرط الاعادة يقع البيع باطلا كما
تقرر فلا يتحقق الخيانة ولا التحريم ويمكن ان يقال التحريم ... فلما ... العقد ... الى قصد الغرور والتوصل الى
تحصيل الحرم كما يقال في النجش والربا ... الحرام ... البيع ... التحريم قصد الحيلة ... على الزيادة فلو اشتراه منه
ابتداء من غير مواطاة جاز حيث يتحقق ... الاخبار ... المشتري ... الثمن ... قوله
الحيلة ... قوله لو باع مرابحة فبان راس ماله اقل كان المشتري بالخيار ... بحصته ...
وقيل ياخذه باسقاط الزيادة ... الاقوى ... الثمن الذي وقع عليه العقد ...
الاخبار ... الخيار ... بين الفسخ ...
... الزيادة ...
يرضى بالاقل ... الخيار ايضا ...
قوله ولو قال اشتريته باكثر ... لم يقبل منه ... اما لو ... قبل منه

لان قوله الثاني مناف للاول فلغو ولا يقبل بينته على ذلك لانه كذبهما باقراره الاول ويشكل بجواز الغلط والاستناد الى امره ... خيار
الوكيل ثم يظهر خلافه فيتجه القبول ان لم ... ولو ادعى علم المشتري ... عليه لا توجه اليمين عليه بمجرد الدعوى ونجوت
مقتضاها ولو ادعى على المشتري العلم بكون الثمن زائدا توجهت عليه اليمين بنفيه سواء ادعى الغلط ام لا ... الاطلاق
العبارة ... سماع دعواه ... الغلط ... قوله لو حط البايع بعض الثمن جاز للمشتري ان يخبر
وقيل ان كان قبل لزوم العقد ... القائل بذلك الشيخ نظرا الى ان الملك لما كان عنده لا يحصل الا بانقضاء الخيار
فاللاحق به ... وينعقد بمنع اللزوم فان الثمن ما وقع عليه العقد ولا اثر ... قوله من اشترى
امتعة صفقة لم يجز بيع مرابحة ... الا ان يخبر بذلك ... مع ... المبيع المقابل بالثمن هو المجموع لا الافراد وان
يقوم ... قسط الثمن عليها في بعض الموارد ... وهذا التعليل شامل للمماثلة والمختلفة ...
علي بن الجنيد ... المتماثلة ... وهو ضعيف ومقتضى الاستثناء انه ... بعيد مرابحة
وليس كذلك ... المرابحة فاستثناؤها مجازا قوله وكذا لو اشترى ... ولدت ...
منفردة من الولدة لان الثمن مع وجود الحمل حالة البيع يقابل المجموع ... الحمل فانه
يكون الثمن في مقابلة الام خاصة كالثمرة المتجددة قوله ... على الدلال ... البيع ...
بعيد مرابحة ... الاخبار بالصورة في الكلام في هذه الاستثناءات ... جواز البيع ... الاخبار وليس كذلك
لعدم تحقق البيع بالتقويم بل هو بصورة المرابحة ومن ثم لا يجب على التاجر الوفاء قوله بل الربح له وللدلال الاجرة المثل
سواء كان التاجر دعاه او الدلال ابتداه ... انما كان له الاجرة ... البيع ... مع كونه ماموا ...
في العادة فان فات الشرط ... اجرة المثل ... بالتسوية بين الامرين على خلاف الشيخ ... فرق بينهما
فحكم بكون الزائد للدلال ان كان التاجر ابتداه بذلك وانه لو لم يرد شيئا فلا شيء له وان كان الدلال ابتدأ التاجر
بذلك فالزيادة للتاجر ولا شيء للدلال ... الى الخبار ... الواقع من التاجر على تقدير
... ولا يقدح ...
غير قادح ... اذا ...
زيادة فلا شيء له ... على العبد ... الدلال ... عدم وجوب ...
شيئا ولا يخلو عن ... كلام الدلال بلفظ يدل على الرضا ... ابتداء ... ازد عبدك على ان
لي نصفه ... فقال مولى العبد نعم ... فانه يستحق ... كلام الشيخ والروايات عن
... الوجه ... على تقدير ...
اجرة المثل ... قوله فيقول ... او بعتك او ... بلفظ بعتك ونحوه من الالفاظ المعتبرة في
مطلق البيع ... الثمن ... بلفظ ... المعقود ... عليه ولو قال وليتك
... الاجزاء قوله فان قال بعتك بمائة ووضيعة درهم من كل عشرة فالثمن تسعون ...
يقتضي ذلك ... التبعيض ... الثمن ... الاجزاء ... درهم
... الغاية ... من كل عشرة ... وقال الكل عشرة درهم لان الوضيعة للعشرة ... العشرة

ومنه يظهر انه لو قال من كل العشرة قوله وكذا لو قال من صيغ العشرة ثم حاكم الاضافة على معنى من اى من كل عشرة ويحتمل كونها بمعنى
اللام اى لكل عشرة فيكون الثمن احد وتعيين الاجزاء من احد عشر كما بينها ثم وربما قيل ببطلان العقد لتكافؤ الاحتمالين
الموجب للجهالة الثمن حد ثم ترجح الاول بان صيغة العشرة لا يكون الثمن نفس العشرة دون ما عداها لان الموضوع من جنس لجهالة الثمن
الموضوع منه فيكون الاضافة بمعنى من والثاني بان المواضعة على حد المرابحة للتقابل بينهما فكما اقتضت المرابحة المعنى الثاني
كذا المواضعة ويضعف الاول بان اللفظ لا بد من تقدير حكم التقدير بين محتمل والثاني يمنع الملازمة وتمام الاحتمال
ان اريد القرينة على احدهما فهذا غاية ما قرره في المسألة وفيه بحث لان المراد بالجنس الذي يكون الاضافة المعنوية بمعنى من
من ان يكون المضاف اليه جزئيا من جزئيات المضاف اليه بحيث يصح الاطلاق على المضاف [illegible] عنه كما في خاتم فضة
وباب ساج [illegible] حيث لا يصح الاطلاق عليه كبعض القوم ويد زيد فانك [illegible] العموم الكل والكل لا يطلق على بعضه وكذا
القول في يد زيد والحاصل ان من التي تقتضيها الاضافة هي البيانية لا التبعيضية كما في خاتم فضة واربعة دراهم وشرط
من البيانية ان يصح اطلاق المجرور بها على المبين كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وقد صرح به المحقق الشيخ الرضي
وابن هشام [illegible] فينبغي القول بحمل الاضافة في المسألة على معنى من [illegible] لان الموضوع المضاف بعض العشرة
ولا يصح الاخبار به عنه فيتعين كونها بمعنى اللام نعم يمكن مع ذلك كون الوضيعة من نفس العشرة كما يستفاد ذلك من اضافته الى
الثمن وكذا نظائره من المرابحة صغيرها واعلم ان التعبير بالوضيعة هنا اولى من المواضعة لان المفاعلة لا يتحقق في البايع [illegible]
الغرض وضع الدرهم من العشرة اولها الوضيعة [illegible] المعنى بحمل الفعيل على المفعول الفصل السابع في الربا والعقد الربا
قال الله تعالى [illegible] وشرعا بيع احد المتماثلين المقدرين بالكيل او الوزن في عهد صاحب الشرع [illegible] العادة بالاخر
مع زيادة في احدهما حقيقة او حكما او اقتراض احدهما مع الزيادة وان لم يكونا مقدرين بهما اذا لم يكن باذل الزيادة حربيا ولم يكن
المتعاقدان والدا وولده ولا زوجا مع زوجته على القول بثبوته في كل معاوضة [illegible] البيع بالمعاوضة على احد المتماثلين
[illegible] وقد يعرف بانه زيادة احد العوضين المتماثلين [illegible] المنقول عنه [illegible] ثابت بالنص والاجماع وهو من
اعظم الكبائر الموبقات حتى ان الدرهم اعظم من سبعين زنية كلها بذات محرم رواه هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام قوله
وهو يثبت في البيع ظاهره اختصاص الربا بالبيع وهو احد القولين في المسألة [illegible] وقد صرح [illegible]
بثبوته في كل معاوضة وهو اختياره في الصحيح ايضا [illegible] على الاطلاق [illegible] وحرم الربا قوله المبيع [illegible]
كل شيء جنسا وله لفظ خاص وفي المراد باللفظ الخاص ما يكون مفهومه نوعا بالاضافة الى ما تحته فالجنس في هذا الباب والمعبر عنه
في المنطق بالنوع واهل اللغة يسمونه جنسا ايضا ولا مشاحة في الاصطلاح والمراد بالشيئين اللذين يتناولهما
اللفظ افراد ذلك النوع كالصفراء والحمراء في الحنطة ويستثنى من ذلك الشعير فانه هنا من افراد الحنطة مع عدم تناول
لفظها له [illegible] النص واما العلس والسلت على القول بانهما من افراد الحنطة والشعير فنحوهما [illegible] وان اختصا
باسم [illegible] الاسم عدم [illegible] قوله يجوز بيع المتجانسين [illegible] هذا اذا كان اصلهما الوزن
اما لو كان اصلهما الكيل فهو لا [illegible] بتساويهما وزنا خاصة نظر من كون الوزن اضبط حتى قيل انه اصل للكيل ومن ورود
الشرع والعرف بالكيل فلا يعتبر بغيره [illegible] اختيار الاول وهو متجه بل نقل بعضهم الاجماع على جواز بيع الحنطة
والشعير [illegible] مكيلين في عهده صلى الله عليه وآله قوله ولا يجوز سلف احدهما في الاخر على الاظهر

هذا هو

هذا هو المشهور ولا نعلم فيه خلافا الا ما يظهر من الشيخ في الخلاف والمبسوط فانه يشعر بكراهة السلف ولا نعلم ماخذه [illegible] الزيادة
التحريم فانه بعض معاني المكروه وقد استعمله الشيخ في ذلك في غير موضع قوله وفي النسيئة تردد والاحوط المنع والجواز اقوى
للاخبار الصحيحة والقول بالمنع للشيخ في احد قوليه استنادا الى [illegible] في الكراهة ولكن يقول بالجواز قوله والحنطة والشعير
جنس واحد في الربا على الاظهر [illegible] في الربوا على انهما في غيره كالزكاة جنسين اجماعا للاختلاف مفهوما العرفي [illegible]
فالاظهر انهما جنس واحد لصحيحة الحلبي وابي بصير وهشام بن سالم وغيرها [illegible] عن ابي عبد الله عليه السلام بل ادعى الشيخ فيه
الاجماع وهي الحجة على من خالف نظرا الى اختلافهما صورة وشكلا ولونا وطعما [illegible] فان ذلك كله
غير مسموع في مقابلة النصوص الصحيحة وفي احتجاج [illegible] اسم الطعام لهما على الاتحاد نظرا فانه لا يلزم منه [illegible]
مع تحقق الاختلاف المذكور وانما الموجب للاتحاد النص والاجماع قوله وكذا ما يعمل من جنس يحرم التفاضل فيه كالحنطة
بدقيقها والشعير بسويقه [illegible] فلا يجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا اذا كانا مكيلين او موزونين ولو كان احدهما مكيلا والآخر
موزونا كالحنطة ودقيقها والسمسم والشيرج فمع اعتبار تساويهما بالوزن او الكيل يجوز [illegible] قوله وما يعمل
من جنسين يجوز بيعه بهما وبكل واحد منهما بشرط ان يكون في الثمن زيادة عن مجانسه لا يشترط في جواز بيعه بهما مساواة
جملة الثمن لمقدار [illegible] كل جنس [illegible] ولا يعتبر معرفة كل واحد من الجنسين بل يكفي معرفة المجموع واما اذا
بيع بواحد منهما فانه يشترط زيادة [illegible] على مجانسه زيادة متمولة بحيث [illegible] في البيع منفردة وقد يعوض هنا
ايضا الحاصل بعقد المجانس للثمن مع العلم بزيادة عليه بان يعلم ان المجانس لا يبلغ النصف فيبيعه بقدر ثلثي المجموع مثلا
وفي حكم المعمول من جنسين ضم احدهما الى الآخر وبيعهما في عقد واحد وان تميز [illegible] التساوي الفرضين في العلة المسوغة
للبيع عندنا قوله واللحوم مختلفة بحسب اختلاف اسماء الحيوان فلحوم البقر والجواميس جنس لدخولهما تحت لفظ البقرة
في هذا الحكم [illegible] والمراد [illegible] لغة والاتفاق العرفي [illegible] ذلك مع انه مقدم على اللغة وقد تقدم ان مناط
الاتحاد تناول اللفظ الخاص لهما ولولا الاجماع على الحكم لكان فيه نظر [illegible] عليهما [illegible] في افراد الحمام المختص
باسم كما سيأتي قوله عرابها [illegible] بفتح الباء [illegible] الياء المثناة من تحت جمع بختي بضم الباء وتشديد الياء
ايضا الابل الخراسانية قوله والحمام جنس واحد ويقوى ان كل ما يختص منه باسم فهو جنس على انفراده كالفواخت والورشان وقد تقدم
في الحج تعريف الحمام [illegible] دخول الفاختة والورشان من افراده [illegible] هنا الشك في ان مقولية الحمام على ما
تحته مقولية النوع على الاصناف او الجنس على الانواع فعلى الاول يحرم بيع بعضها ببعض [illegible] وعلى الثاني يختص كل نوع بحكمه
لما كان الوقوف على ذاتيات الحقائق عزيز جدا ولم يكن من جهة الشرع قاطع [illegible] حصل الاشكال [illegible] الفرق بين افراد
الحمام وافراد البقر بالنسبة الى الجاموس فانه قد ثبت شرعا انهما جنس واحد ومن ثم ضم احدهما الى الآخر في الزكاة وعموم قوله تعالى
اوفوا بالعقود يقتضي جواز بيع بعضها ببعض كيف كان الى ان يتحقق المنع [illegible] ان العرف ايضا لا يسمي هذين [illegible]
حماما ولا شك ان الحكم باتحاد النوع اولى واعلم ان الطير من حمام وغيره انما يتصور الربا فيه اذا بيع لحمه وزنا اما لو بيع حيا فلا
ولا كما لو بيع عددا كما هو الغالب فيقوى ثبوت الربا فيه خلاف ما يأتي والاقوى عدمه قوله وكذا السموك في الحكم المشار
المشار اليه بذا هو ما سبق في الحمام اي هو جنس واحد على انفراده ويحتمل كون المشار اليه هو كونه جنسا واحدا
والحاصل انه في اتحاد جنس السمك وتعدده بتعدد اسمائه خلافا فانظر الى الشك في مقوليته كما تقدم في الحمام قوله

ولا يجوز التفاضل بين ما يخرج من اللبن وبينه كزبد البقر مثلا بحليبه لان هذا الحكم محل وفاق نقله [illegible]
ذلك لا يقدح فيه الاشكال السابق نظرا الى اختلاف الاسم والطبيعة قوله فدهن السمسم جنس وكذا ما يضاف اليه كدهن البنفسج
اضافته اليه لا يخرجه من افراد دهن السمسم فانه ليس مركبا منه ومما يضاف اليه بل هو عين الدهن يكتسب باختلاطه بمزج خاصيته
ثم يستخرج منه قوله فخل العنب مخالف لخل الدبس [illegible] يطلق الدبس على [illegible] العنب [illegible]
العنب بخل الخمر قوله وفي النسيئة تردد هذا هو [illegible] الكلام في بيع احد الربويين بالآخر [illegible] متفاضلا نسيئة
والاقوى جوازه قوله ولو كان معدودا كالثوب بالثوبين [illegible] وفي النسيئة تردد ظاهره ان الخلاف مختص بالنسيئة
وليس كذلك بل قد ذهب جماعة الى ثبوته في المعدود مطلقا استنادا الى اطلاق روايات ظاهرة في ذلك والاظهر والاقوى
اختصاصه بالكيل والوزن [illegible] للاخبار الصحيحة الدالة على الحصر فيهما قوله ولا ربا في الماء لعدم اشتراط
الكيل والوزن في بيعه لا فرق في ذلك بين بيعه جزافا ومكيلا وموزونا لانتفاء اعتبارهما فيه وحكمه التراب
والحجارة والحطب [illegible] ببيعه موزونا في بعض البلاد قوله ويثبت في الطين الموزون كالارمني على الاشبه الاقوى
اتباع العادة فيه فان استقرت على [illegible] او كيله كما هو الواقع يثبت فيه الربا والا فلا وكذا القول في غيره من التراب
كالطين الخراساني قوله والاعتبار بعادة الشرع فما ثبت انه مكيل او موزون في عصر النبي صلى الله عليه وآله [illegible] الحال فيه
رجع الى عادة البلد فقد ثبت ان اربعة كانت مكيلة في عهده وهي الحنطة والشعير والتمر والملح فلا يباع بعضها ببعض الا
كيلا وان اختلفت في الوزن واستثنى [illegible] ما يتجافى منه في المكيال كالقطع الكبار من الملح فيباع وزنا لذلك [illegible]
ان ثبت انه في عهده [illegible] الامرين ولا يرجح فيه عادة البلد [illegible] كان مقدرا في عهده ويحتمل اعتباره بالاغلب
احتمل التخيير وتعيين الوزن لانه اضبط واختاره في الدروس [illegible] ولا فرق [illegible] قوله
ولو اختلفت البلدان فيه كان لكل بلد حكم نفسه وقيل [illegible] التقدير ويثبت التحريم عموما [illegible] والاقوى
لان المعتبر العرف عند عدم الشرع [illegible] التقدير [illegible] حكم الآخر [illegible] معروف
الى المتعارف من الجانبين ووجه عموم التحريم صدق اسم المكيل والموزون على ذلك النوع في الجملة قوله والمراعى في المساواة
وقت الابتياع فلو باع [illegible] متساويا جاز وكذا لو باع [illegible] المسألة [illegible] العلة وقد
اختلف [illegible] والاخبار الصحيحة ظاهرة في التعدية وهو الاقوى قوله وفي بيع الرطب
بالتمر تردد والاظهر اختصاصه بالمنع اعتمادا على اشهر الروايتين [illegible] منصوص العلة لما سئل النبي صلى الله عليه وآله عن بيع
الرطب بالتمر فقال اينقص اذا جف فقالوا نعم فقال لا اذن [illegible] عليه السلام قال قال امير المؤمنين عليه السلام وكره ان يباع التمر بالرطب
عاجلا بمثل كيله الى اجل من اجل ان التمر يبس فينقص من كيله [illegible] لا يصلح التمر بالرطب لان الرطب رطب والتمر يابس فاذا
يبس الرطب نقص [illegible] علة المنع النقصان بالجفاف [illegible] الى المنع من بيع كل رطب بيابسه كالعنب
بالزبيب ومنهم من اقتصر على المنصوص [illegible] ابن ادريس [illegible] فجوز الجميع والى قوله اشار المصنف بقوله وفي بيع الرطب بالتمر تردد حيث جعل
موضع التردد ثم حكم بتحريمه وعدم تعديته واشار المصنف بقوله باشهر الروايتين الى رواية سماعة قال سئل ابو عبد الله عليه السلام عن العنب
بالزبيب فقال لا يصلح الا مثلا بمثل والتمر بالرطب مثلا بمثل وجوابه القدح في سند الرواية والاقوى التحريم والتعدية الى كل ما فيه
العلة المذكورة ومحل تحقيق المسألة في الاصول قوله اذا كانا في حكم الجنس الواحد احدهما مكيل والآخر موزون كالحنطة والدقيق

فيبيع

فيبيع احدهما بالآخر وزنا جاز وفي الكيل تردد [illegible] الكيل اصل الحنطة [illegible] من ان الوزن اضبط [illegible] اصل
للكيل [illegible] هذه القاعدة ما لا يمكن فيه القول بالكيل كالحنطة بالخبز والسمسم بالشيرج واختار الفاضل اعتبار الكيل
فيما هو اصله والمطلق [illegible] حسن لكن [illegible] ذكرناه فان اعتباره بالوزن [illegible] احسن قوله بيع العنب بالزبيب جائز على المنع
اقوى وقد تقدم قوله وكذا الاخبار والخل [illegible] ان جهل مقدار ما في كل واحد من الرطوبة [illegible] في الجواز [illegible] اشتراكهما في
اصل الرطوبة فلو كان احد الخبزين رطبا والآخر يابسا لم يصح بناء على ما سلف من القاعدة وفي العبارة اشارة اليه حيث
اثبت لكل واحد رطوبة جهل مقدارها ولو علم ان رطوبة احدهما اكثر من رطوبة الآخر مع اشتراكهما في الاصل ففي الجواز نظر من صدق
الاسم [illegible] ومن العلم بزيادة حقيقية لاحدهما على الآخر ولعل الاقرب الجواز لان الرطوبة غير مقصودة والحقيقة مطلقة عليهما
وكذا لو علمنا الرطوبة في احدهما وانتفت في الآخر كخل الزبيب وخل العنب الخالص قوله لا ربا بين الوالد وولده فيجوز لكل
منهما اخذ الفضل ولا بين المولى ومملوكه ولا بين الرجل وزوجته هذا هو المشهور بين الاصحاب بل [illegible] الاجماع فان المرتضى
وان خالف فيه في بعض كتبه وحكم بثبوت الربا بينهم حملا للخبر [illegible] على النهي كقوله تعالى لا رفث ولا فسوق ولا جدال في
الحج وعملا بعموم القرآن الوارد بتحريم الربا الا انه رجع عنه محتجا بوجود الاجماع على خلافه [illegible] فيجوز لكل واحد منهما
اخذ الفضل على خلاف ابن الجنيد حيث نفى الربا بين الوالد وولده بشرط ان يأخذ الوالد الفضل وان لا يكون للولد وارث
ولا عليه دين والاطلاق [illegible] والحكم مختص بالولد النسبي بالنسبة الى الاب فلا يتعدى الحكم الى الام ولا الى الجد
مع ولد الولد ولا الى ولد الرضاع [illegible] على مورد اليقين ووجه العدم [illegible] اسم الولد عليهما
ومن ثم حرمت امرأته على الاب والجد من ابيه حلائل الابناء ولا فرق في الزوجة بين الدائم والمنقطع على الظاهر لاطلاق النص
خلافا [illegible] حيث خصها بالدائم معللا بان التفويض في مال الرجل انما يثبت في حق العقد الدائم فان للزوجة ان تأخذ
من مال الرجل [illegible] ذلك النص [illegible] والحكم بنفي الربا بين السيد ومملوكه اما لعدم صحة
البيع بناء على انه لا يملك [illegible] عدم الربا واما بناء على انه يملك [illegible] القائل بعدم ملكه [illegible] ذكره
[illegible] النص [illegible] بشرط [illegible] ان لا يكون مشتركا فلو كان كذلك ثبت بينه وبين كل من الشركاء
والمدبر وام الولد في حكم القن اما المكاتب [illegible] مع احتماله قوله ولا بين المسلم واهل الحرب اذا
اخذ المسلم الفضل [illegible] ولا فرق بين الحربي المعاهد وغيره ولا بين كونه في دار الحرب او الاسلام [illegible] نفي
الربا هنا من غير فرق بين اخذ المسلم الزيادة والحربي والتفصيل اقوى قوله ويثبت بين المسلم والذمي على الاشهر
هذا هو المشهور لعموم الادلة وذهب السيد المرتضى وابنا بابويه وجماعة الى عدم ثبوته للرواية المتضمنة له كما تضمنت
[illegible] والاول اولى فان قلنا بعدم ثبوته لزم تقييده بما مر من اخذ المسلم الزيادة قوله لا يجوز بيع لحم الحيوان من جنسه
كلحم الغنم بالشاة ويجوز بغير جنسه هذا هو المشهور بين الاصحاب وخالف فيه ابن ادريس فحكم بالجواز لان الحيوان غير
مقدر باحد الامرين [illegible] مع كونه حيا [illegible] والا فالمنع اقوى [illegible] قوله يجوز بيع دجاجة فيها بيض
بدجاجة خالية وشاة في ضرعها لبن بشاة [illegible] لان الدجاجة والشاة ليستا مقدرتين بالوزن [illegible]
في بطنها [illegible] كالثمرة على الشجرة ولانه تابع [illegible] على خلاف الشافعي حيث منع منه [illegible]
[illegible] الثمن وهو حسن قوله [illegible] وان كان [illegible] جنسهما اذ لا فرق بين كون الثمن زائدا على ما فيهما من اللبن [illegible]

لما تقدم من التعليل وان كان الفرض بعيداً ومثله بيع نخلة فيها تمر بتمر بمثله قوله القسمة ليست بيعاً ...
ولو اخذ احدهما الفضل ...
قوله ويجوز بيع مكوك من الحنطة بمكوك ... العادة ...
اشتراط ...
ويجوز بيع درهم ودينار بدينارين ... هذا الحكم ...
على بعض الوجوه ...

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

خصص بالحكم لكان اشمل واخصر قوله وان لم يخرج بالعيب من الجنسية كان مخيرا بين الرد والامساك بالثمن من غير ارش ولو
المطالبة بدله اما الجنسية فالعيب واما عدم الارش فلاستلزام الربا وحيث كان ما في الذمة امرا كليا محمولا على الصحيح كان له البدل
قبل التفرق قطعا لان المقبوض لا يقتصر عن عدمه

ولكن السنين ولذلك كان يقول المالك يحمل في هذه السنة ويحمل في السنة الاخرى عسى الله يهب الرجل يبتاع النخل والفاكهة قبل ان تطلع
يشتري سنتين او ثلاث سنين او اربعا فقال لا بأس انما يكره شراء سنة واحدة قبل ان تطلع مخافة الآفة حتى يستبين وحمل
مضمون هذه الرواية الصحيحة [illegible] وهو قوي ان لم يثبت الاجماع على خلافه لصحة روايته وترجيحها على ما يخالفها
من الروايات مع امكان حمل روايات المنع على الكراهة جمعا والمراد بظهور الثمرة خروجها الى الوجود وان كانت في طلعها ففي حديث
[illegible] قال سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل ان يخرج طلعها فقال لا الا ان يشتري معها شيئا غيرها رطبة او بقلا وان لم
يخرج الثمرة كان رأس مال المشتري في الرطبة والبقل تنبيه على ان المراد بالظهور ما يشمل خروجه في الطلع وفيه دليل على جواز
بيعها عاما مع الضميمة الا انه مقطوع وحال سماعة مشهور والمراد بالعام هنا ثمرة العام وان وجدت في شهر واحد قوله
ولا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها عاما الا ان يضم اليها ما يجوز بيعه او بشرط القطع او عامين فصاعدا من الضميمة بيعها عاما
والحق العلامة بالثلاثة بيعها على مالك الاصل وبيع الاصل مع استثناء الثمرة وفي الاخير نظر اذ ليس هنا بيع ولا نقل للثمرة
بوجه ودليل الاول الحق والثاني والتبعية للاصل انما يقوى لو بيعا معا ونبه بقوله يجوز بيعه على اشتراط كون الضميمة مما يجوز افراده
بالبيع بان يكون مما لا يجامعها الباقي شرائط البيع واعلم ان في عبارة المص تسامحا فانه جعل متعلق المنع بيعها عاما واستثنى
منه الثلاثة التي منها بيعها عامين فصاعدا وفساده ظاهر وكان الاولى ان يقول عاما ليكون المنع عاما في غير الثلاثة ويشمله قوله
بيعت عاما مع وجود الشرط الثلاثة والاولى ترك لفظة عاما هنا ايضا قوله ولو بيعت عاما من دون الشروط الثلاثة قبل
ان يبدو صلاحها قيل لا يصح الى قوله الاول اظهر القول بالمنع للاكثر وبه روايات معارضة بما هو اصح منها وطريق الجمع حمل النهي على الكراهة وهو القول الثاني
فالقول بمراعاة السلامة للاردبيلي وفي كلامهم والاوسط الوسط قوله ولو بيعت مع اصولها جاز مطلقا سواء بدا صلاحها ام لا
او شرط القطع او ضم اليها شيئا ام لا وهذا في الحقيقة راجع الى الضميمة كما مر وانما افرده لنكتة قوله وبدو الصلاح ان يصفر
او يحمر او يبلغ مبلغا يؤمن عليها العاهة في بدو صلاح ثمرة النخل المجوز لبيعها على القول بالمنع من بيعها قبله على الوجه السابق احد
الامرين المذكورين علامة لتعليق الروايات فان كثيرا منها دال على الاول وفي رواية ابي بصير السابقة ما يدل على الثاني واقتصر
جماعة من الاصحاب على العلامة الاولى لصحة دليلها وقيل بالثاني خاصة ورجح العلامة الجمع بين العلامتين على التخيير
على الجمع بينهما والاقوى اعتبار العلامة الاولى خاصة لما ذكرناه وفي المرجع في الامن من العاهة على القول بها الى اهل الخبرة ولو حصل
كره من بعض النخل [illegible] ان حدة طلوع الثمرة يحكم عليه برواية عن النبي ص ولم يثبت النقل قوله وان ادرك بعض ثمرة البستان
جاز بيع ثمرته اجمع ولو ادرك ثمرة بستان لم يجز بيع البستان الاخر ولو ضم اليه وفيه تردد اما الاول فموضع وفاق وكان بيع
بدو الصلاح مع الضميمة كما تقرر ولو ادرك ضميمة لما لم يبد ولما الثانية فالاقوى ايضا ذلك لتحقق الضميمة المسوغة للبيع وفي
رواية اسمعيل بن الفضل عن الصادق عليه السلام وجه المنع ان لكل بستان حكم نفسه لتعدده وعدم رواية عن الصادق عليه السلام الدالة على اعتبار
ادراك كل نوع من الانواع المتفرقة وهو في الشجر منعقد مستحب [illegible] وهذا كله على القول بالمنع من بيع ما لم يبد صلاحه وعلى ما
اخترناه لا اشكال قوله وحده ان ينعقد الحب ولا يشترط زيادة على الاشبه ومعنى الزيادة للتنقية قول الشيخ في ية
وجماعة ان حده مع انعقاد الحب تناثر الورد وفي غيره ان يتلون فيما يتلون وصفا اللون وان يتموه وهو ان ينمو فيه الماء
الحلو فيما يبيض والحلاوة طيب الاكل في مثل التفاح وينضج مثل البطيخ وفيما لا يتلون ولا يتغير طعمه بل يؤكل صغيرا او كبيرا
كالقثاء والخيار يتناهى عظم بعضه وهذا البحث انما ينفع عند من يمنع البيع قبل بدو الصلاح على ما اختاره المص [illegible]

اعتباره
الظهور المجوز للبيع عنده او بدو الصلاح المجوز عند الباقين او ليس بينهما واسطة وانما يظهر على القولين المتقدمين وعلى تقدير
ما اختاره المص اجود ومستند القولين لخبار لا تبلغ حد الصحة قوله وهل يجوز بيعها سنتين فصاعدا قيل نعم والاولى المنع
المنع هنا والخبار ما مر في النخل وظهر من فحوى الفرع في الموضعين الميل الى الجواز لانحصاره في الجواز به ايضا وان يشير على خلافه في
الثاني جعل الاولى المنع وهو لا يبلغ حد المنع وقد تقدم ما يدل عليه قوله وكذا لو ضم اليها شيئا قبل انعقادها بل يكون المشتمل
الحكم بالاولوية المنع فيكون ميلا الى الجواز لكن لم يذكره فيما سبق ويكن ان يريد ثبوت اصل الاولوية هنا من غير تعرض للفتوى والاولى
وكيف كان فالاجود المنع ومن منع مالو كانت الضميمة غير مقصودة بالبيع بحيث يكون تابعا اذ هو المقصود ان اعمالها مع الضميمة مقصودة
والثمرة تابعة وكذا قوله ويجوز بعد انعقادها لقطة ولقطات منفصلة بشرط الانعقاد كون جميع اللقطات موجودة حال البيع وكذا
الاقوى الاكتفاء بوجود الاولى ويكون الباقية بمنزلة المنضمة فلو باع الثانية خاصة او ما بعدها لم يصح لانه بيع ما لم يوجد
ويرجع في تعيين اللقطة وما يصلح للقطع الى العرف وكذا القول في الرطبة والخرط قوله كالرطبة بفتح الراء وسكون الطاء الفصة
وهي ايضا القضب ويجوز بيعها او انها ظهرت وقدرت لانه المقصود بالبيع فلو لم يكن موجودة كان البيع مجهولا قوله والتوت
هو بالتائين المثناتين من فوق قال في الصحاح ولا يقول التوث بالثاء المثلثة والمراد بالخرطة اخذ الورق وترك الاصل
نحو الخرط للورق الخرطة وهو تقبض على اعلاه ثم يمد عليه الى اسفل وفي المثل ومن خرط القتاد وهو شجر له شوك كالابر
خرطه لذلك قوله ولو باع الاصول بعد انعقاد الثمرة لم يدخل في البيع الا ما قبله فيدخل وان كان وعلا فالشيخ قوله وذو
على المشتري ابقاؤها الى اوان بلوغها ويرجع في ذلك الى المتعارف في تلك الشجر من اخذ ثمرته بسرا او رطبا او ثمرا عنبا او
زبيبا او دبسا او غير ذلك ولو اضطرب العرف فالاغلب ومع التساوي يجب التعيين فان اطلق احتمل البطلان والتنزيل على
اقل المراتب لانه المتيقن وعلى اعلاها صيانة لمال المشتري في البيع وليس هذا الابقاء كالاجل حتى يتطرق اليه احتمال الفساد
للجهل بقدره بل هو حكم شرعي مترتب على عقد البيع وثبوته من مقتضيات المعاوضة فيرجع في تقديرها الى العرف حيث لا مقدر
له شرعا وكذا القول لو استثنى البايع الثمرة حيث يدخل ويجوز لكل منهما التردد الى ملكه وسقيه ما لم يتضرر الاخر فيمنع الا
ان يتقابل الضرران فيرجح مصلحة المشتري لان حقه على البايع حيث قدم على البيع المقتضي لوجوب الابقاء والسقي قوله
يجوز ان يستثني ثمرة شجرات او نخلات بعينها او يستثني حصة مشاعا او ارطالا معلومة وذكر النخلات بعد الشجرات من باب
عطف الاخص على الاعم ولعله كان ذكر الشجرات مغنيا عنها وكذا يجوز استثناء جزء معين من الثمر كعذق معين منها او جزء
استثناء ذلك كله موضع وفاق الا الارطال المعلومة فقد منع منه ابو الصلاح للجهل بقدر المبيع حيث لا يعرف قدره وحمله
الاصح على خلافه قوله ولو خاست الثمرة سقط من الثنيا بحسابه في الحصة المشاعة والارطال دون الشجرات لانه
المبيع منها وطريق توزيع النقص على الحصة المشاعة ظاهر واما في الارطال المعلومة فتعتبر الجملة بالخرص والتخمين فاذا قيل
ذهب ثلث الثمرة او نصفها سقط من الثنيا بتلك النسبة قوله وكذا لو اتلفه البايع اي يكون بالاتلاف فسخ البيع
لو تلف ما فيه نظر الحيثية التلف وان الواقع منه كذلك من مال البايع بمعنى انفساخ العقد به والاقوى تخيير المشتري
بين الفسخ والتزام البايع بالمثل اما الفسخ فلان المبيع مضمون على البايع قبل القبض واما التزامه بالعوض فلان
التلف ليس مال لان المبيع قد انتقل الى المشتري وان كان مضمونا على البايع كما لو اتلفه الاجنبي فكما لو صالح التزمه العقد
واقتصار بالانفساخ على موضع الوفاق وهذا اذا لم يكن للبايع خيار والا كان اتلافه فسخا فان كان بعد اجازة

من المشتري يكون ضمان البايع قوله ولو كان بعد القبض وهو التخلية لم يرجع على البايع بشيء على الاشبه هذا الاشبه على مذهب
بعض الاصحاب حيث ذهب الى ان الثمرة على الشجرة مضمونة على البايع وان قبضها بالتخلية نظرا الى ان بيعها العدد والمذرع بعد كيل
وكلاهما على خلاف الاصل لان شانها بعد النقل والاعتبار بالوزن او الكيل بالقوة القريبة من الفعل وانما اجيز بيعها
كذلك للضرورة فيراعى فيها السلامة وعلى الاشبه متعلق بقوله لم يرجع ويحتمل كونه تنبيها على اختياره من كيفية القبض
وهو التخلية فقد تقدم فيها خلاف ويختار المص انه التخلية مطلقا كما مر والقول الاخر انه الكيل والوزن فيما يكال او يوزن وفي
هذه الثمرة بعد بدو صلاحها فقد صار صالحة للاعتبار بهما كما قلناه والخلاف في هذه المسئلة مخصوص بما هو موجود في عبارات
المتاخرين ولا في كتب الحديث فلذلك اشكل المراد منه هنا وانما يكون التلف بعد التخلية من المشتري اذا لم يكن له خيار ويختص بالخيار
الاجنبي البايع قوله ولو اتلفه المشتري في يد البايع استقر العقد وكان الاتلاف كالقبض لان الاتلاف المشتري المبيع في يد
البايع اتم من كونه باذن البايع وعدمه فان كان باذنه فهو قبض يترتب عليه احكام القبض مط وان كان بغير اذنه كما هو الظ
فهو قبض من حيث انتقال الضمان الى المشتري وان تخلف عنه باقي الاحكام والغرض هنا هو انتقال الضمان وانما شبه الاتلاف
بالقبض ولم يجعله قبضا لان الاتلاف قد يكون بمباشرة التلف فيكون قبضا حقيقة وقد يكون بالتسبيب فيكون في حكم القبض
خاصة قوله وكذا لو اشترى جارية فاعتقها قبل القبض اي يكون العتق قبضا وفيه حقا لان الملك حصل قبله والعتق
بمنزلة الاتلاف قوله ولا يجوز بيع ثمرها هي المزابنة وقيل بل هي بيع الثمر في النخل بتمر ولو كان على الارض وهو الظ وهي المزابنة
المفاعلة من الزبن وهو الدفع ومنه الزبانية لانهم يدفعون الناس الى النار وسميت بذلك لانها مبنية على التخمين والغبن
بكثرة وكل منهما يريد دفعه عن نفسه الى الاخر فيتدافعان وتحريمها في الجملة اجماعي منصوص من النبي ص والائمة عليهم السلام وانما
الخلاف في معناها وصحح القولين الثاني وهي انها بيع ثمر النخل الموجود بثمر ولو من غيرها لصحيحة عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي
عبد الله عليه السلم قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن المحاقلة والمزابنة قلت وما هو قال ان يشتري حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة وكل
مع ذلك ما تنها دونهما فيطرق احتمال الزيادة الى كل واحد منه المساواة المحتملة نادرة وعلى تقدير اتفاقها فشرط العلم
بالتساوي وفيه منع كون الثمرة على الشجرة ربوية وان كانت من جنسه لانها ليست مكيلة ولا موزونة وانما يباع جزافا قوله
وهل يجوز ذلك في غير ثمرة النخل من شجر الفواكه قيل لا لانه لا يؤمن الربا فلما ورد من تعريف المزابنة في الاخبار وكلام الفقهاء
ما ذكرناه وعموم يقتضي اختصاص الحكم بالنخل ويبقى غيره على اصل الجواز وتعليل التعدي بالربا وفيه انه غير تام لان الثمرة على الشجر
ليست ربوية نعم يمكن تعليله بالعلة المنصوصة في المنع من بيع الرطب بالتمر وهي نقصانه عند الجفاف فانها قائمة هنا وقد تقدم
ترجيح التعدية فيثبت الحكم هنا هو الاقوى ويمكن استفادة التعليل بالربا منها ايضا فانه جعل علة المنع النقصان عند الجفاف
ينبغي في الزيادة المنهي عنها في المثل المؤدي الى الربا اذ لا يعتبر الاختلاف في غيره وهي تدل على كونه من جنس الربوي وان لم يكن الا انه
الا انه يبقى في اختصاص الحكم بالمكيل والموزون حتى يدخل في تعريف الربوي منع الان من بيعه ما يعم القوة والفعل ومعه
ينتقض من وجه اخر قوله وكذا لا يجوز بيع السنبل بحب منه اجماعا وهي المحاقلة وقيل بل هي بيع السنبل بحب من جنسه
كان وان كان موضوعا على الارض وهو الاظهر والمحاقلة مفاعلة من الحقل وهي الساحة التي تزرع سميت بذلك لتعلقها
بزرع في حقل واطلق اسم الحقل على الزرع مجازا من اطلاق اسم المحل على الحال او المجاور على مجاوره وكأنه باع حقلا بحقل وتحريمها
في الجملة اجماعي منصوص وقد تقدم ما يدل عليه صحيحة عبد الرحمن وان القول الثاني اقوى وقد اختلف عبارات الفقهاء

في اسم المبيع فيها فبعضهم عبر عنه بالزرع ومنه الرواية السابقة وبعضهم من عبر عنه بالسنبل كعبارة المص والمجمع كلامهم الاتفاق على
ان المراد به السنبل وان عبر بالاعم قال في كره لو باع الزرع قبل ظهور الحب بالحب فلا بأس لانه حشيش وهو غير مطعوم ولا مكيل
سواء تساويا جنسا او اختلفا ولا يشترط التقابض في الحال ثم السنبل لا يختص بالحنطة بل يعم الشعير والدخن والارز وغيرها في
التعريف دخولها في المحاقلة وفي كره ان اكثر تفاسير المحاقلة انها بيع الحنطة في السنبل بالحنطة اما منها او من غيرها فيختص بالحنطة
ويحتمل فيه الشعير لجعلها من جنس الحنطة او علتها المنع بالربا والاحمال ظاهر وفي بعض الفاظها انما هي بيع الزرع بالحب
من غير جنسه فيكون كله محاقلة انتهى وفي صحيحة عبد الرحمن السابقة ما يرشد الى الاول وبقي الكلام في الحاق الباقي بالحنطة
كما مر في ان علتنا بالربا كما يظهر من المص وجماعة الحق والا فلا قوله ويجوز بيع العرايا بخرصها تمرا والعرية هي النخلة يكون في دار
الانسان قال اهل اللغة او بستانه وجمعها العرايا جمع عرية والعرية بما ذكره المص متفقا عليه ومنقولا عن اهل اللغة
لان اهل اللغة يرجع اليهم في مثل ذلك ولبس الحاجة اليها كالتي في الدار والعرية مستثناة من المزابنة عند اهل
العلم اجمع خلا ابا حنيفة وقد صح عن النبي ص الاذن فيها وحدها بالشرط في بيعها اسود الاول الوحدة فلا يجوز في دار او
بستان ازيد من واحدة فلو كان لمالك واحد اثنتان لم يجز بيع ثمرتها ولا ثمرة احدهما لانتفاء العرية فيها نعم لو تعدد
البستان او الدار جاز تعددها من الواحد الثاني كون الثمن من غيرها لئلا يتحد الثمن والمثمن على اصح القولين الثالث
كونه حالا الرابع عدم المفاضلة حين العقد واما كونه معلوم القدر شاهدا او موصوفا فالامر فيه كغيرها والرخصة
مقصورة على النخلة فلا يتعدى الى غيرها من الشجر اقتصارا بالرخصة على موردها وقد اشار المص الى الشرط الاول بقوله
ولا يجوز بيع ما زاد على الواحدة والى الثاني بقوله بالخرص والى الثالث بقوله ولا يشترط الحضور في قوله ولا يجوز بالتماثل
الاشارة الى الرابع وقول المص يكون في دار الانسان او بستانه يشمل المالك ومستاجره ومشتري الثمرة والمستعير
على الاقوى لحصول الحاجة في ذلك كله ولاشتراك الجميع في العلة وهي مشقة دخول الغير عليهم قوله وهل يجوز بيعها
بخرصها من ثمرها الاظهر لا وجه الجواز اطلاق الاذن في النص من بيعها بخرصها تمرا وهو متناول للموضع النزاع والوجه المنع
وهو الاصح والاقوى المنع لوجوب مغايرة الثمن والمثمن وهو المعروف في المذهب قوله ولا يشترط في بيعها بالتمر التقابض
التفرق بل يشترط التعجيل بمعنى الحلول وقال الشيخ يشترط التقابض قبله تخلصا من الربا والاقوى العدم قوله
ولا يجب ان يماثل في الخرص بين ثمرها عند الجفاف وثمنها اي لا يجب مطابقة ثمرها جافة لثمنها بل المعتبر في الجواز بيعها
بما يقتضيه ظن الخارص انها تمر بقدره بمعنى انها قدر رطبا او بسرا ونحوهما لم يبلغ ثمرا اذا جفت فيباع ثمرها بهذا المقدار ثمرا
ثم لا يجب مطابقة هذا التقدير للثمن عند الجفاف فلو زاد عند الجفاف او نقص لم يكن ذلك قادحا في العقد عملا
بالاطلاق النص وقيل يعتبر المطابقة فلو اختلفا تبين بطلان البيع وهو ضعيف بل لا يجب جعل ثمرتها ثمرا ولا اعتباره بعد ذلك
لاصالة عدم الاشتراط هذا هو المشهور من معنى عدم وجوب المماثلة بين ثمرتها وثمنها وفي كره ان المعتبر المماثلة بين ما عليها
رطبا وبين التمر فيكون بيع رطب بتمر متساويا وجعلها مستثنى من بيع الرطب بالتمر متساويا ولم نجد هذا التفسير للمص
في غير الكتاب ولا لغيره ممن يجاوز كان اكثر عبارات العلامة لا ينافيه والمختار الاول قوله ولا عرية في غير النخل هذا موضع
وفاق وانما يظهر الفائدة لو منعنا من بيع ثمر باقي الشجر بجنسه فاما كما اخترناه واما على ما ذهب اليه المص من الجواز فيبقى في العرية انه
لا خصوصية لها حتى يتقيد بحدودها بل يجوز بيع ثمرة الشجر تعدد في الدار وغيرها بجنس ثمرها ما ثلا قوله لو قال

تعبث هذه الصغيرة التي هي لدرء الاشتباه لا يصح ثم ما اختاره المص هو الاقوى ولا خصوصية في هذه المسئلة لهذا الباب دائما
على اشتراط المبيع في اول الكتاب والمخالف فيه كذلك الشيخ وابن الجنيد لان الشيخ شرط في الصحة التطابق عند الاعتبار مع
تساوي الجنس وعدم المانع مع اختلاف بان يبذل لصاحب الزيادة او تقبل صاحب النقيصة **قوله** يجوز بيع الزرع قصيلا
فان لم يقطعه فللبايع قطعه ولم تركه والمطالبة باجرة ارضه اذا شرط قطعه قصيلا وعين المقطع منه تعين قطعه فيها
وان اطلق قطع في اول اوقات قطعه عادة فان اشتراه قبل اوان قطعه وجب الصبر اليه مجانا كما لو باع الثمرة وانما يجوز للبايع
قطعه باذن المشتري ان امكن والا رفع امره الى الحاكم فان تعذر جاز له مباشرة القطع دفعا للضرر المنفي وله المطالبة
باجرة الارض عن الزمان الذي تاخر فيه القطع عن وقته سواء طالب بالقطع ام لا وسواء رضي ببقائه ام لا وكذا له ارش الارض
ان نقصت بسبب الكائن التاخير وبغير رضاه **قوله** وكذا لو اشترى نخلا بشرط القطع وكذا غيره من الثمرة ولا فرق في ذلك
بين ان يكون المقطوع مما يتقرر كالحصرم واللوز ولا كالجوز والكمثرى وبعض انواع النخل **قوله** يجوز ان يبيع ما ابتاعه من
الثمرة بزيادة مما ابتاعه او نقصان قبل قبضه وبعده وهذه المسئلة محل وفاق وهي منصوصة في صحيحة الحلبي ومحمد بن مسلم
عن الصادق عليه السلم وفيه تنبيه على ان الثمرة ليست مكيلة ولا موزونة فلا يحرم بيعها قبل القبض لو قلنا بتحريمه فيهما
فيما يعتبر باحدهما **قوله** اذا كان بين اثنين نخل او شجر فتقبل احدهما بحصة صاحبه بشي معلوم كان جايزا هذه القبالة
معاوضة مخصوصة مستثناة من المزابنة والمحاقلة معا والاصل فيها ما رواه يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلم قال
سألته عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول احدهما لصاحبه اختر اما ان تاخذ هذا النخل بكذا او كذا كيلا مسمى وتعطيني
نصف هذا الكيل زاد او نقص واما ان اخذه انا بذلك وارد عليك قال لا باس بذلك ويظهر من رواية البيع قبل اهل
الحيرة محلهم وغيرهم كذلك والظاهر الاحوط ان الصيغة تكون بلفظ القبالة وان لها حكما خاصا زائدا على البيع والصلح
لكونها في الثمرة والعين وعدم ثبوت الربا لو زاد او نقص ووقوعه بلفظ التقبيل وهو خارج من صيغتي العقدين وفي
شي انه نوع من الصلح ولا دليل عليه كما لا دليل على ايقاعه بلفظ التقبيل واختصاصه به وانما المعلوم من الرواية انه معاملة
على الثمرة وانه لا يملك المتقبل الزايد ويلزمه لو نقص ويلزم ذلك ان يكون مضمونا في يده ولعموم على اليد ما اخذت
ولانه لم يسلم له مجانا بالعوض ولو قلنا بان المتقبل بالسوم مضمون فيما اولى وفيه من قراره شرط البلادة حتى
لو تلفت الثمرة باجمعها فلا شي على المتقبل في دليله غير واضح وربما وجه بان العوض اذا كان من المعوض فدفع بطل المتقبل
يكون حصته من العين لا في الذمة فاذا تلف بغير تفريط احتاج ثبوت بدله في الذمة الى دليل وفيه نظر لانه لو كان النقص بغير افة بل
بتقصير لزم الاثم فلا نقصان كما انه مع الزيادة يملك الزائد ولو كان العوض غير مشروط منها وتردد في ذكره في سقوط شي من المال لو
تلفت الثمرة بافة سماوية وكذلك تردد في لزوم العقد وفي لزوم الناقص له على تقديره وفي جواز العقد بلفظ البيع وغيره
هذه الاشياء لان النصوص الدالة على اصل القبالة لا تعرض لها الى هذه الاحكام وانما تدل على اصل الجواز واثبات هذه الاحكام
بمجرد الاحتمال لا يختص بها نعم روى ابن ادريس رواية على اصل الحكم بان هذا التقبيل ان كان بيعا لم يصح لكونه مزابنة وان كان
صلحا لم يكن العوض مشروطا من نفس الثمرة للغرر وان كان في الذمة فهو لازم سواء بقيت الثمرة ام تلفت وجب بالذمة
كونه صلحا والغرر يحتمل للنقص ورجح فاذا تلف منه شي يلزم تلف بعض العوض المشروط فاذا لم يتحقق ما منه لم يجب العوض
ويجب ايضا ما لزم انه ليس صلحا ولا بيعا بل هو معاملة خاصة وردت بها النص فلا يسمع ما يرد على طرفيه الاحتمال الخارجة عنها

والمصنف ره اقتصر في صدر الكتاب على اصل الجواز وفي النافع على الصحة نظرا الى ان النص لا يستفاد منه ازيد من ذلك هذا هو
الاولى **قوله** اذا مر الانسان بشي من النخل او شجر الفواكه او الزرع اتفاقا جاز ان ياكل من غير افساد ولا يجوز ان ياخذ
معه شيئا الاصل في هذه المسئلة ما رواه ابن ابي عمير في الصحيح عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلم قال سألته عن الرجل
يمر بالنخل والسنبل والثمرة فيجوز له ان ياكل منها من غير اذن صاحبها من ضرورة او غير ضرورة قال لا باس وروى محمد بن
مروان قال قلت لابي عبد الله عليه السلم امر بالثمرة فاكل منها قال كل ولا تحمل قلت جعلت فداك ان التجار قد اشتروها ونقدوا
اموالهم قال اشتروا ما ليس لهم وبذلك عمل اكثر الاصحاب ونقل فيه الخلاف في الاجماع ولكن قد ورد ما يخالفه وهو صحيحة الحسن بن
يقطين قال سألت ابا الحسن عن الرجل يمر بالثمرة من الزرع والنخل والكرم والشجر والمباطخ وغيرها للناس ايحل له ان يتناول
شيئا وياكل بغير اذن صاحبه وكيف حاله ان نهاه صاحب الثمرة او امره القيم وكم الحد الذي يسعه ان يتناول منه قال لا يحل له
ان ياخذ شيئا وبه احتج جماعة من المتاخرين والمرتضى رض في المسائل الصيداوية لاعتضادها بالقرآن الكريم المتضمن للنهي
عن اكل المال بغير تراض ولقبح التصرف في مال الغير ومناسبتها للحظر وهو مقدم على ما تضمن الاباحة عند التعارض لان
دفع الضرر اولى من جلب النفع وحمل العلامة الاخبار السابقة وما شاكلها على ما اذا علم بشاهد الحال الاباحة وهو بعيد
والشيخ حمل خبر المنع على الكراهة او على النهي عن الحمل جمعا بين الاخبار وهو جمع حسن والمص قطع بالجواز من غير نقل خلاف لندوره
والمخالف قبل زمانه حتى ابن ادريس مع اطراحه الاخبار الاحاد وانما حكم بالاباحة اما استنادا الى الاجماع او الى تواتر الاخبار
نظرا الى اطراحه في الاستدلال وقد شرط المصنف للجواز بكثرة شروط احدها كون المرور اتفاقا فلو قصدها ابتداء لم يجز
اقتصارا في الرخصة المخالفة للاصل على موضع اليقين وعملا بظواهر النصوص على ذلك والمراد بالمرور بها ان يكون الطريق
قريبة منها بحيث لا يستلزم قصدها البعد الخارج عن المعتاد بحيث يصدق عرفا انه قصدها الا ان يكون طريقه على نفس
الثمرة او ملاصقة لحائط البستان وثانيها ان لا يفسد والمراد ان ياكل منها شيئا كثيرا بحيث يؤثر فيها اثرا بينا ويصدق
معه الافساد عرفا ويختلف ذلك بحسب كثرة الثمرة وقلتها وكثرة المارة وقلتهم او يهدم حائطا او يكسر غصنا يتوقف الاكل
عليه الا ان وقع ذلك خطأ فانه لا يحرم الاكل وان ضمنه مع احتمال الحرمة ويستفاد هذا الشرط من رواية عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلم
لا باس ان تمر على الثمرة وتاكل منها ولا تفسد ثالثها ان لا يحمل معه شيئا بل ياكل في موضعه وقد دل على هذا الشرط خبر محمد
بن مروان السابق وحديث صحيحة ابن يقطين حملا وزاد بعضهم رابعا وهو عدم علم الكراهة وخامسا وهو عدم ظنها وهو حسن
ان كانت الاخبار مطلقة بل فيها ما يشعر بعدم اعتبارهما وسادسا وهو كون الثمرة على الشجرة فلو كانت محرزة ولو في الجرين حرم
ولا باس به **قوله الفصل الثالث في بيع الحيوان** يجوز استرقاق الحارب في المراد بالحارب الكافر الاصلي من غير فرق المسلمين الذي لم
يلتزم بشرايط الذمة والملحق به في وصف الحرب بسبب خروجه عن طاعة الله تعالى في رسوله وثبوته على الكفر وان لم يقع منه
الحرب بمعنى القتال والى هذا المعنى اشار تعالى بقوله انما جزاء الذين يحاربون الله الاية **قوله** ويملك اللقيط من دار الحرب
اذا لم يكن فيها مسلم يمكن انتسابه اليه ولو كان اسيرا وانما حكم بحريته لاطلاق الحكم بحرية اللقيط في النصوص خرج منه ما
علم انتفاؤه عن المسلم فيبقى الباقي **قوله** ولو بلغ فاقر بالرق قيل لا يقبل وقيل يقبل وهو اشبه اي اقرب مع الحكم بحريته
ظاهرا لكونه ملقوطا من دار الاسلام مطلقا او من دار الكفر اذا امكن انتسابه الى المسلم ففي قبول اقراره قولان احدهما العدم
لسبق الحكم بحريته شرعا فلا يتعقبها الرق والاخر وهو الاقوى القبول لانه كذا وقوله في اقرار العقلاء على انفسهم جايز

ولا فرق بين ان يقول البايع بعتكها وحملها او شرطت لك حملها ونحوه ولو لم يكن الحمل معلوما وارادوا ادخاله في العبارة الثانية
لا فيه وان لم يشترط كان متحقق الوجود عند البيع فهو للبايع وان احتمل الامرين بان ولدته في وقت يحتمل كونه منه عند البيع
كان موجودا او عدمه فهو للمشتري لاصالة عدم وجوده سابقا فلو اختلفا في وقت البيع لذلك قدم قول البايع مع
اليمين وعدم البينة وليس بعض الباضي كالحمل بل هو للمشتري مط لانه تابع كسائر اجزائه **قوله** وطريق ذلك ان
يقوم الام حاملا وحايلا ويرجع بنسبة التفاوت بل يقوم حاملا ومجهضا لانه المطابق للواقع في الحايل
ولتحقق التفاوت بينهما اذ الاجهاض في الامة عيب دبا النقص القيمة **قوله** ولو باع واستثنى الراس والجلد صح ويكون
شريكا بقدر قيمة ثنياه على رواية السكوني ره كما يفرق بين المذبوح وما يراد ذبحه وغيره وهو احد الاقوال في المسئلة
لاطلاق الرواية الا ان المستند ضعيف والجهالة متحققة والشركة المشاعة غير مقصودة فالقول بالبطلان متجه الا
ان يكون مذبوحا او يراد ذبحه فيقوى صحة الشرط وكذا القول فيما لو اشترك فيه جماعة وشرط احدهم الراس والجلد **قوله**
ولو قال اشتر حيوانا بشركتي صح وثبت المبيع لهما الى ان قال ولو اذن احدهما لصاحبه ان ينقد عنه صح لا شبهة في صحة
الانقاد انما الكلام في رجوعه عليه والحق انه يرجع عليه بمجرد الاذن فيه وان كان بذلك انما سنه للدلالة العرفية عليه
عدم حصول ما يقتضي التبرع وكانه اكتفى بما بقي من الحكم بالرجوع بعد التلف ويحتمل الاذن ببعض الكفر ادفع عني
الثمن ونحوه بان يوكله في شرائه من مكان بعيد لا يسلم فيه البايع بدون قبض الثمن عادة ونحو ذلك **قوله** ولو قال
لك الربح ولنا ولا خسران عليك فيه تردد والمروي الجواز وجه التردد من الرواية الدالة على الجواز وعموم المؤمنون عند
شروطهم ومن كونه مخالفا لمقتضى الشركة بل يقتضي المذهب ان الربح والخسران تابعين لراس المال وهو الاقوى والرواية
مع كونها واردة في بيع خاص يمكن تاويلها بما يوافق الاصل **قوله** ويجوز النظر الى وجه المملوكة ومحاسنها اذا اراد
شراءها والمراد بمحاسنها مواضع الحسن والزينة كالكفين والرجلين والشعر ولا يشترط في ذلك اذن المولى ولا يجوز
الزيادة على ذلك الا باذنه فيكون تحليلا يتبع منه ما دل عليه اللفظ حتى العورة وكذا يجوز له مس ما يجوز النظر اليه مع
الحاجة ويجوز في كراهة النظر الى ما عدا العورة بدون الاذن للمشتري **قوله** ويستحب لمن اشترى مملوكا ان يغير اسمه وان
يطعمه شيئا من الحلاوة وان يتصدق عنه بشي للنص في ذلك كله وقد ورد الصدقة فيه باربعة دراهم **قوله** ويكره
وطي من ولدت من الزنا بالملك والعقد على الاظهر هذا هو المجود حملا للنهي على الكراهة وعلل بانه لعل الزنا لا يفلح
وبالعار وحرمه ابن ادريس بناء على ان ولد الزنا كافر وان وطي الكافرة محرم والمقدمتان ممنوعتان **قوله** وان يرى
المملوك ثمنه في الميزان وعلل في النص بانه اذا راه لا يفلح وفي النصوص الكراهة معلقة على رؤيته فيه فلا يكره في غيره
وربما قيل بانه يجري على المتعارف من وضع الثمن فيعلو وانه في غيره كره ايضا وفيه نظر **قوله** العبد لا يملك وقيل
يملك الى قوله كان حسنا القول بالملك في الجملة للاكثر ومستنده الاخبار وذهب جماعة الى عدم ملكه مط واستدلوا
عليه بادلة كلها مدخولة والمسئلة موضع اشكال ولعل القول بعدم الملك مط ويكون حمل الاخبار على اباحة تصرفه
فيما ذكر لا بمعنى ملك رقبة المال فيكون وجها للجمع **قوله** من اشترى عبدا له مال كان ماله لمولاه الا ان يشترط المشتري
وقيل ان لم يعلم به البايع فهو له وان علم فهو للمشتري والاول اشهر هذا ما اختاره المص واضح بناء على انه لا يملك شيئا
فاذا باعه لم يدخل ماله الا مع الشرط لان جميع ماله للمولى في الحقيقة وانما نسب اليه بسبب الملابسة ويؤيده ايضا صحيحة محمد بن مسلم

يجوز ان ذلك في غير معرفة النسب والا لم يقبل قطعا وكذا القول في كل من اقر على نفسه بالرقية مع الجهل وجهل نسبه سواء كان مسلما
ام كافرا وسواء كان المقر له مسلما ام كافرا وان بيع عليه قهرا وحصل عتيقه بعد ذلك وشرط نظر من المص عدم اعتبار اشتراطه واختلف
كلام غيره فمنهم من اشترطه ومنهم من لم يشترطه من غير تعرض لعدمه وفي كره من هذا الباب اشتراطه في باب اللقطة اكتفى بالبلوغ والعقل
ووجه اشتراطه واضح لان غير الرشيد لا يعتبر قوله في المال وهو نفسه مال ووجه العدم ان اقراره بالرقية ليس اقرارا بنفس المال
وان ترتب عليه كما يسمع اقراره بما يوجب القصاص وان امكن رجوعه الى المال بوجه وفيه نظر لانه لو كان بيده مال فان اقراره على
نفسه بالرقية يقتضي كون المال للمقر له الا ان يقال بثبوته تبعا لثبوت الرقية لا لانه اقرار بالمال والاقوى اعتبار الرشد
قوله ويصح ان يملك الرجل كل احد الا الاب وان علا والام وان علت ونحو الرجل والمراد بالملك استقراره والا فالملك من استثناه صحيح ايضا غاية ما فيه انه يعتق
عليه بالشراء فلا يستقر ملكه عليه **قوله** وهل يملك هؤلاء من الرضاع قيل نعم وقيل لا وهو الاشبه اي يملكهم مستقرا
كما مر والقول بالعدم هو الاقوى لصحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السلم يملك الرجل اخاه ونحوه قال يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والقولة
قوله وفي الرضاع تردد والمنع اشبه ووجه الخلاف فيه والفتوى كما سبق **قوله** واذا ملك احد الزوجين صاحبه استقر الملك عليه بطل النكاح هذا موضع وفاق ولمنافاة الملك العقد لان المال للمالك كان هو الاحق بحرمة
عليها وطي مولوكها وان كان الزوج استباحها بالملك ولان التفصيل يقطع الشركة ويملك مع ذلك ما ان يقاء ويتلوم اجماع
ملحقين على معلول نفسه وهو ضعيف لان علل الشرع معرفة وبان اختلاف الاسباب يقتضي اختلاف المسببات ويدفع
لجواز ذلك في اسباب الشرع وبعدم تنافيهما في جانب الزوجة وملك البعض كملك الكل للمنافاة واستحالة تبعض البضع
وقطع الشركة بالتفصيل **قوله** ولو اسلم الكافر في ملك مثله اجبر على بيعه من مسلم ولولاه ثمنه لانتفاء السبيل
للكافر على المسلم وفي حكم اسلام العبد اسلام احد ابويه صغيرا او لحوقه احدهما على الاقوى لثبوت حكم الاسلام له
فينتفي سبيل الكافر عليه **قوله** ولا يلتفت الى دعوى الاشتهار الا على تكذيبه اقراره ووقع ما ثبت عليه لو اقام بينة لم
تسمع لانه باقراره اولا قد كذبها الا ان قطع في كره ويشكل ذلك فيما لو اظهر لانكاره تاويلا محتملا كان قال اني تولدت بعد
اعتاق احد الابوين وما كنت اعلم به فلتحقيق اقربه فانه ينبغي القبول وسيما الرفطاين واولى بالقبول ما لو اقر بالرقية
لمعين فانكر المقر له وسبقنا مثله في الاقرار كما اذا اقر لاحد بمال فانكر المقر له فادعاه المقر حيث انكاره وعلى هذا
فينبغي سماع بينته بطريق اولى **قوله** وكذا لو اشترى عبدا فادعى الحرية لكن تقبل دعواه مع البينة اي اشترى عبدا
ثابت العبودية بان وجد يباع في الاسواق فان ظاهر اليد والتصرف يقتضي الملك ولصحيحة حمران عن الصادق عليه السلم في مثله
الجارية بل هي بعود النص فكان التعميم اولى اما لو وجد في يد وادعى رقيته ولم يعلم شراؤه ولا بيعه فان كان كبيرا
صدقه فكذلك وان كذبه لم تقبل دعواه الا بالبينة عملا باصالة الحرية وان سكت او كان صغيرا فوجهان ويستقرب
في كره العمل باصالة الحرية وفي التحرير لظاهر اليد معه وجود **قوله** اذا حدث في الحيوان عيب بعد العقد وقبل القبض كان المشتري
بالخيار بين رده وامساكه وفي الارش تردد وقد تقدم تحقيق هذه المسئلة ايضا وان الاجود ثبوت الارش **قوله** ولو حدث
العيب بعد الثلثة منع الرد بالعيب السابق ولا يمنع الارش **قوله** واذا باع الحامل فالولد للبايع على الاظهر الا ان يشترط المشتري
هذا هو المشهور وعليه الفتوى وخالف فيه الشيخ وتبعه جماعة محتجا بانه جزء من الحامل فيدخل ولا يصح استثناؤه كاليد
حتى حكم ببطلان البيع لو استثناه البايع كما لو استثنى جزءا معينا وحيث يشترطه المشتري يدخل وان كان مجهولا لانه تابع للمعلوم

من عدمها علم ان المال للبايع تاما م نعم الآن يكون شرطا عليه ان ما كان له من مال او متاع فهو له والقول بالتفصيل بالعلم وعدمه
لابن البراج محتجا عليه بحسنة زرارة عن ابي عبد الله عليه السلام وهو ضعيف بان الملك لا ينتقل الى المشتري بمجرد العلم من دون صيغة
تدل عليه ويمكن حمل الرواية على اشتراط البايع للمشتري كما ... في المسئلة امور الاول ان هذه المسئلة ذكرها من قال ان
العبد يملك ... المال الى العبد على الاول واضح وعلى الثاني يراد به ما سلطه عليه المولى واباحه له من كسوة
وفرش وغيرهما فان الاضافة تصدق بادنى ملابسة الثاني ان في دخول المال المذكور على القول بانه لا يملك بحيث انه
ملك للبايع فيكون دخوله في البيع ونقله ... الحكم بكونه له يكون ... بالملك السابق اما اذا قلنا بملكية العبد فيشكل
الحكم بكونه للبايع بمجرد البيع او للمشتري فان ملك ما له لا ينتقل عنه الا برضاه والحال ان العبد لا مدخل له في هذا العقد
وقد ذكر هذه المسئلة من حكم ... ولا يندفع الاشكال الا اذا قلنا بان المراد بملكية العبد تسلطه على الانتفاع
باذن مولاه لا ملك الرقبة كما نقله ... عن بعض القائلين بالملك فيكون الملك على هذا الوجه ... للملك البايع
... الى المشتري ... على ملكه الثالث انه ... حكم بان العبد يملك وان كان بمجرد التمليك
حكم بان ماله اذا بيع لمولاه والحكم فيه اقوى اشكالا لان مقتضى الملك على هذا الوجه ملك الرقبة بطريق الحقيقة ...
عليه في الانتفاع به ... ولا يتم الحكم بكون ماله للبايع او المشتري بمجرد بيعه ... الا ان يجاب على النص
الدال على هذا الحكم ... العبد ... عدم ملكيته
برضاه ... المال الى ان ... العبد ... للبايع ولا للمشتري والاقوى ...
بانه لا يملك ان ماله ... للبايع ... الا ان يشترطه المشتري فيكون له ... او كونه تابعا
قوله ولو قال المشتري اشتر
مني ... بان يكون الثمن ... مع قبض مقابل ... في المجلس
في ذلك على ... دليل ... المشهور الاقوى ... لا يملك على القول
بملكه ... على الحارة المولى والقول المذكور للشيخ ... الى رواية الفضل عن الصادق عليه السلام
... للمولاه ... الفرق بين الاجنبي والمولى فان حكم الاجنبي ...
واما المولى فان قلنا العبد لا يملك فماله لمولاه ... الا برضا المولى فيمكن العمل بالرواية من دون القول ... لا يلزم ...
ابن ادريس ... الرواية لا يجوز العمل بها ... الشيخ ... لا اعتقادا قوله اذا ابتاع عبدا ... اذا قلنا
انه لا يملك ... قلنا بملكه ... الشيخ ... البيع ...
قوله يجب ان يستبري الامة قبل بيعها ... الاستبراء ... والمراد ...
... هذا الحكم في وجوب الاستبراء ...
ثم ... الحكم ... حكم البيع ... الملك ...
... البيع ...
... الى المشتري ... وجوب الاستبراء ...
... قبل البيع ... البايع ...
قوله وكذا يجب على المشتري ... على البايع ... حكمه الاستبراء ... سواء علم ام لا واما

المشتري ... فانما يجب عليه الاستبراء اذا علم ... الاستبراء ... الفائدة
انما ... الحكم ... الحال ... بالغ ... الحكم
في السكوت ... والمعتبر في الاستبراء ترك الوطي في القبل والدبر ... الاستمتاع ... حلالا فانه
حيث حرم الجميع ولو وطي في زمن الاستبراء اثم ... مع العلم بالتحريم ويلحق به الولد لانه فراش وهل يسقط الاستبراء نظر
من انتفاء فائدته ... حيث ... المال ان ... الولد ... ومن اطلاق الامر ... فيه
قوله ويسقط استبراؤها او اخبر الثقة ... استبراؤها ... انما عبر بالثقة لوروده في النصوص المذكورة في هذا الباب
وهي واردة في اخبار البايع ... وفي حكمه ... والمراد بالثقة العدل
لانه الثقة شرعا ... يعتد ... فيسقط ... ابي بصير ...
ابن ادريس ... الخبر الثقة ... الامام فخر الدين في الشرح قوله وكذا لو كانت لامرأة هذا هو المشهور
... الاخبار ... والمحقق ... الصغيرة
والصغيرة التي لا يمكن في حقها الوطء ... الحكم وهو ... قياس والمنافي للاصول الشرعية
عدم ... وليس من موضع الاشكال ... المرأة لرجل في المجلس ... لا يجب الاستبراء ... بعدم وطي
البايع ... الاستبراء ... المرأة ...
وكذا لو باعها الرجل ثم اشتراها منه قبل وطئه ... قوله نعم لا يجوز وطء الحامل ... ان يمضي لحملها اربعة
اشهر وعشرة ايام ويكره بعدها ... في تحريم وطء الامة الحامل او كراهته لاختلاف الاخبار في ذلك
... في بعضها ... حتى تضع ... في بعضها ... اربعة اشهر وعشرة ايام
... الاصحاب ... الجمع بين ... على الحامل ... والمقيد بالاربعة
الاشهر وعشرة على الحامل ... من ... الغاية ... الزنا وجعل التحريم ما
... الحكم ... قبل الاربعة والعشرة والكراهة بعدها ... الجمع ...
الجميع ... الى ... بالتحريم ... المدة المذكورة ... الاخبار ... والاصل ...
... تعارضت الاخبار ... على الكراهة ...
... من العدة والاستبراء ...
... النصوص ...
... البايع ... الفرج ...
... عليها ... قوله ولم يعزل كره له
بيع ولدها ... ان يعزل له ... في الاخبار ... الولد ...
الولد ... الاخبار ...
قوله التفرقة بين الاطفال وامهاتهم قبل استغنائهم ... محرمة وقيل مكروهة وهو الاظهر ... القول بالجمع
... الاخبار ... جميعا ... جميعا

لغايتين

نظرا

ثم ... فان ... الامر للوجوب المقتضي للنهي عن التفريق ... الى ... بيع ... وولدها فرق
الله بينه وبين احبته ... عن الصادق عليه السلام في الرجل يشتري الجارية او الغلام ...
من ... اذا ...
ان ... التفريق ... الفرق بين ...
... ابن سنان ... النهي ... الفرق بين البيع وغيره ...
... البيع ... العلة ... العين حتى القسمة والاجارة
... المنع ... الفرق ...
... التفريق ... بالتحريم ... البيع
البيع ... النظر ... خارج عن ذات البيع كالبيع
وقت النداء ... الاحاديث ... المتبايعين ... التفريق ...
من ... ام ... الارحام ...
... ابن سنان ... موضع الخلاف بعد
سقي الام اللبا ... الولد ...
... الحكم ... التفرقة ...
قبله ... قوله والاستغناء ...
استغناؤه عن الرضاع والاول ... الاصحاب ...
... النكاح ... الروايات
ثم ... الروايات ... على الانثى و
الاولين على الذكر ... الام ...
وهذا هو ... الحكم ...
... قوله ولو اشترى جارية ثم ظهر انها مستحقة ...
... العشر ... والاقوى والمشهور لو
كان ... قوله ...
... الاقوى ... قوله ... الامام ... الغيبة ...
ويستوي في ذلك ... الامام ...
الفرق بين ...
للامام ... الغيبة ...
الائمة عليهم السلام ...
... الامام ... الرواية ام ...

مدة حامل

نظرا الى كون الرواية مقطوعة كما ذكره المصنف ... الحكم ... المذهب ...
... القطع ... الاول ... قوله اذا دفع الى ماذون مالا يشتري
نسمة ويعتقها ويحج عنه بالباقي فاشترى اباه ... بقية المال ... مولاه ...
... الباقر عليه السلام ...
... الحكم ... العبد ...
...
... الاب ...
... المولى ...
...
...
مولاه ...
...
البيع ...
فيها ...
من ... الرواية ...
المعارضة بين مولى العبد ...
الاصل ...
وليس ...
...
بينة ...
الاول ... قوله اذا اشترى عبدا ...
دفع البايع ...
كان ... هذا الحكم ذكره الشيخ ...
...
الموجود ...
للبيع ...
على ... الحكم
... البايع ...
الامر ...

دن لها في الخ على ثبوت ذلك العبدين من كل وجه للحجى عقيب الاخر حتى يستوجب جودة عبد منهما كما يجوز بيع قفيز من الصبرة وينزل على الاشاعة فيكون الثمن منهما والباقي لهما دون كل منع ثبوت ذلك العبدين على وجه الحقيقة المثلى ومنع تنزيل بيع القفيز من الصبرة على الاشاعة وقد تقدم ومع ذلك فاللازم عدم ادعاء خلاف الظن والحول الاعراض عن الرواية لما ذكر والرجوع الى الاصل الذي ينظر في العبدين ان كانا بوصف المبيع وتخير الابق رد الباقي ولا شيء له وان اختار الباقي فضمان الابق على البائع هل هو مضمون ام لا فان قلنا به كما هو المشهور ... واما بناء على النائب في ذمن الخيار فليس شيء من الاخبار هنا وان كان احدهما بالوصف خاصة فله اختياره وحكم الاخر وان لم يكونا بالوصف طالب بحقه ورد الباقي في ضمان الذاهب ما مر وعلى هذا لا فرق بين العبدين والعبيد وغيرهما من الامتعة وغيرها وعلى الرواية لا يتعدى الى غير العبيد اقتصارا فيما خالف الاصل على المنصوص لبطلان القياس ... قطع الشيخ ره ولو تعددت العبيد فوى انسحاب الحكم ... صدق العبدين في الجملة والخروج عن نفس المنصوص فان قلنا به وكانوا ثلثة فابق واحد فات ثلث المبيع وارتجع ثلث الثمن مع احتمال بقاء التخيير لبقاء محل ... ولو كان اثنين او عبدا وامة ففيه الوجهان وقطع في س ... انسحاب الحكم هنا ولو هلك احد العبدين ففي انسحاب الحكم الوجهان والاولى العدم في ذلك كله لو قلنا به لما ذكرناه قوله اما لو اشترى عبدا من عبدين لم يصح العقد وفيه قول موهوم انه اشار بالقول الى ما ذكره الشيخ ره في الخلاف من الجواز ... الرواية السابقة ... ولا دلالة لها على المتنازع فيه ... فلذلك نسبه المصنف الى الوهم وحمل العلامة ره في الخ على تساوي العبدين من كل وجه ونفى استبعاد بيع احدهما لا بعينه كالواحد من صاع ... يتساوي الاجزاء ... ويشكل بامتزاد الاوي المنضبط قوله اذا وطى احد الشريكين جهلو كه بينهما سقط الحد مع الشبهة ويثبت مع انتفائها لكن يسقط منه بقدر نصيب الواطي وما النصوص والفتاوى ان الواجب هنا من الحد الجلد خاصة وان كان محصنا لانه الحد الذي يقبل التبعيض ... الوجه ... انه ليس زنا محضا بسبب ملكه لبعضها ومن هنا توجه الحكم ايضا بلحوق الولد به وان كان عالما بالتحريم مع ان الزاني العالم لا يلحق الولد به ولا يجوز انه يستثنى من الحد بسبب نصيب الشريك ما لو كان ولد الواطي فانه لا حد على الاب بسبب نصيبه كما لا حد عليه لو كانت باجمعها للولد كما ثبت قوله ولا تقوم عليه بنفس الوطء على الاجود والشيخ يقومها بنفس الوطء استنادا الى رواية عبد الله بن سنان ... الخيار والضم لانه ... بلزم ولده فيقوم عليه ... قوله ولو حملت قومت عليه حصص الشركاء وانعقد الولد حرا وعليه قيمة حصصهم يوم ولادته اذا حملت الامة المذكورة تعلق بها حكم امهات الاولاد فيقوم عليه لان الاستيلاد ... حكم الاولاد ... تحريم بيعها وانعتاقها بموت سيدها فكان عليه ... المعتبر قيمتها عند الوطء او التقويم او الاكثر ... ولا يدخل في ملكه بمجرد الحمل بل بالتقويم ودفع القيمة ... الشركاء فكسبها قبل ذلك للجميع وكذا حق الاستخدام ولو سقط الولد قبل التقويم استقر ملك الشركاء وانما يلزم اداء قيمة حصصهم يوم ولد اذ لم يكن قومت عليه حاملا ... قيمته ... الوارث الرق ... وان لم يبذل قيمته وتظهر الفائدة فيما لو وطئ ... فانه ... بانعقاده حرا ... وعليه للشركاء ... الامة الامر ... سواء ... او ثيبا ... قوله المملوكان المأذونان اذا ابتاع كل واحد منهما صاحبه من مولاه حكم بعقد السابق فان اتفقا في وقت واحد بطل العقدان وفي رواية يقرع بينهما وفي اخرى

بجزع

بذرع الطريق ويحكم للاقرب ... الاول الطريق ما اختاره المصنف هو الاقوى ووجه تقديم السابق واضح لان عقده صدر من اهله في محله ويلحق المتاخر البطلان لانه باعتقاد الرق ملك ما لكه ... ولا يمضي عقده ثم ان كان شراؤه لنفسه ... وقلنا بملكه فبطلان الثاني لامتناع ان يملك العبد سيده وان احلنا الملك او كان شراؤه لسيده ... السابق وكان الثاني فضوليا فالبطلان ... يقف على اجازة من اشترى له ولو كان وكيلا له ... وقلنا بان وكالة العبد لا تبطل ببيع مولاه ... الثاني ايضا الى الا ... كالماذون والفرق بين الاذن والوكالة ان الاذن ما جعلت تابعة للملك والوكالة ما الحق التصرف المعين ... والمرجع فيهما الى ما دل عليه كلام المولى ولو اقترن العقدان بطلا اي لم يمضيا بل يكونان موقوفين على الاجازة لاستحالة الترجيح ... وكيلين كما مر وتحقيق الاقتران ... الاتفاق في القبول ... الانتقال عن الملك الموجب لبطلان اذن المتاخر ... الشروع في العقد ... حتى لو شرع في العقد ... الاذن ... ذكرها الشيخ ره ... في صورة تساوي المسافة واشتباه الحال وهو لا يستلزم الاقتران وان احتمله والقول بالقرعة ليس بعيدا من الصواب لاشتباه الحال في السبق والاقتران وقد روي ان القرعة لكل امر مشكل ... ومع الاشتباه كما قلناه لا مع علم الاقتران ... القرعة ... الاقتران المبطل للعقد ... السابق ... مع اشتباه السبق والاقتران كما هو ... حتى الانهم لم ينبهوا عليه ولا هو ظاهر ما نقل من الرواية والرواية المشتملة على ذرع الطريق رواها الشيخ ره عن ابي خديجة عن الصادق عليه السلم وفيها ان ذلك مع اشتباه الحال فان علم السابق قدم وان كان ابعد طريقا وظاهرها ان كلا منهما اشترى الاخر لنفسه ... على ان العبد يملك ... العبارة ... وهو بعد حكمه بتقديم السابق والبطلان مع الاقتران ... القرعة ... الطريق ثم ... صورة الاشتباه ... حكم هذا الفرض ... بتقديم السابق ... حالة ... الاقتران ... القرعة عند الاقتران ... بالرواية ... ولا دلالة عليه ... اذا كانت المسافة متساوية واشتبه الحال ... الاقتران والله اعلم قوله من اشترى جارية سرقت من ارض الصلح كان له ردها على البائع واستعادة الثمن الى قوله ولو قيل يسلم الى الحاكم ولا يستسعى كان اشبه القول الاول للشيخ واتباعه ... رواية مسكين السمان عن الصادق عليه السلم والقول الثاني لابن ادريس ... الرواية بناء على ... الاصول المذهب من جهة ردها على بايعها ... وكيلا له واستسعائها في ثمنها مع ان ... المولاها او الشريك ... اليه ... الموجبة ... الرواية ... شرح الارشاد ... في استسعائها ... فلا يعارض ذهاب مال ... في الحقيقة ... النص ... هو الحجة والاكثر لا يخفى ان

45

على البايع لانه كبيعه لدين بحاله

بجزء ما ذكره لا يصلح للدلالة لان تحليف البائع بالرد لا يقتضي جواز الدفع اليه كما في كل غاصب ... ولا حكم للغاصب ... يجب عليه الرد على الغاصب ... وان لم يكن سارقا فليس وكيلا للمالك ولا وليا له فلا يجوز الدفع اليه كما في كل مبيع ظهر استحقاقه ... المال بالعوض ... الحكم ... الحربية ... البائع ... الاموال ... الوجه ما قلناه ... في خبر مسكين ... يدفع الى الحاكم ... يبقى على البائع ... مع ان ... قوله الفصل العاشر في السلف السلم هو ابتياع مال مضمون الى اجل معلوم بمال حاضر او في حكمه ... المقبوض في المجلس ... ثمنا المقبوض في المجلس ... الكلي ... بالنفظ السلف والسلم ... قوله وينعقد بلفظ السلم والسلف ... ان الفقهاء ... قوله وهل ينعقد البيع بلفظ السلم كان يقول اسلمت اليك هذا الدينار في هذا الكتاب ... التسليم ... اقرب ... ادنى وهذا هو ... والعقود ... النزاع ... عليه ... لان هذا

اللفظ

اللفظ مع قصد البيع صريح في الطرفين وكلام الاصحاب في تحقيق الفاظ البيع مختلف والقول بعدم انعقاد البيع بلفظ السلم ... بالعقود ... السلم ... قوله ويجوز اسلاف الاعراض في الاعراض اذا اختلفت وفي الاثمان واسلاف الاثمان في الاعراض ... ابي الجنيد ... ابي عقيل ... في المجلس ... باعتبار الاجل ... تقدير اشتراطه ... بيع الجنس ... التفرق ... قوله ... قوله ولا يطلب في الوصف الغاية بل يقتصر على ما يتناوله الاسم ... بالوصف ... المنع واللزوم ... قوله ولو شرط الاجود لم يصح ... ولو شرط الادوي ... تسليمه والجيد ... قوله ولا بد ان يكون العبارة الدالة على الوصف معلومة بين المتعاقدين ... اللغة ... وفي حكم اللغة العرف ...

46

قوله

عليه في العبارة باشتراط الانوثة ... ان كان معناه معروفا في العرف

قوله وفي كل الجلود تردد قيل بالجواز مع المشاهدة وهو خروج عن السلم ... والمنع من السلم في الجلود لجهالة ... واختلاف الخلقة

وتفاوت ... بالوزن لان القيمة لا ترتبط به والقول بالجواز مع المشاهدة للشيخ رحمه الله لارتفاع الجهالة بها ...

بانه مع المشاهدة يخرج عن وضع السلم ويمكن الجواب بانه انما يخرج مع تعيين المبيع وكلام الشيخ اعم منه ويمكن حمله على شاة ...

الانضباط

[illegible]

47

[illegible]

[illegible]

48

[illegible]

في يعلم سنعم وقد تقدم نظيره فيقول شيء ... او حرة ولو قطعها فامتزجت بمال البايع ... هذه الوجوه كلها متوجهة
شرعا الا انها غير محررة في كلامهم وانما ذكروا اصل المسئلة واختلفوا فيها ... وذكر بعض المتاخرين هنا ان شرط تاجيل الثمن الى اجل السلف
باطل قولا واحدا ... قوله ولو شرط ان يكون الثوب من غزل امرأة معينة
او الغلة من قراح بعينه لم يصح السلم ...
[illegible]

51

[illegible]

52

[illegible]

كامر بوده مثله وفيه على تقدير صحة السوال ان مطلق الدفع اعم من الوجوب ولا شبهة في جواز ذلك مع التراضي كيف وقد ذادحين انما
دفع وما امر به لو فرض لم يقع او لم ينقل ذلك فلا يدل على تحقق البراءة بدل يجوز كونه شرطا والتراضي والاقوى المشهور والثاني
على تقدير اعتبار القيمة مطلقا او على بعض الوجوه فالمعتبر قيمته وقت التسليم على ما اختاره المصنف هنا لانه وقت الملك لما سيأتي
من ان الاقوى تحققه بالقبض فيكون وقت الثبوت في الذمة وقيل وقت القرض ذكره الفاضل في عدة وعلله الشارح بما ذكرناه
سابقا من انه وقت الثبوت في الذمة وليس بواضح اذ لا انتقال اليها قبل القبض ... وعلله بجواز اطلاق القرض على القبض
بناء على الغالب من اتصال القبض باللفظ الدال على القرض الذي هو الايجاب ومن ان القبض هو القبول بناء على الاكتفاء بالفعل كما
اختاره وهو الغالب في العادة فيكون القرض مستلزما للقبض عادة ... وقت الصرف بناء على
انتقال الملك به ... يوم المطالبة ... فيعتبر يوم المطالبة كالمثلي
على الاحوط الاقوال وقد يتقدم قوله ويجوز اقتراض الجواري لانه ... في جواز اقتراض الجواري للاصل والضبط وجواز
يضمن الجارية ... كالعبد ... على جواز اقتراض العبيد والجارية التي لا يحل للمقترض وطؤها

[illegible]

وسيعذر بم

[illegible]

المنع ح

[illegible]

[illegible]

انه نوع امر كلي لا وجود له في الخارج فاقتضى ذلك الاذن له في تصرف الذي دعوا كونه وكالة كذلك نقول في الدين فانه لا يمكنه
العمل بنفس دين المالك الذي في ذمته بل لابد من اداه والشراء به كاشيا مولاه العامل البيع له ان يشتري للمالك بعين وقع
فالمضاربة الفاسدة ان كانت [illegible] لو كانت في بعض المال فهي واقعة في الموضعين [illegible] فلا يكون ذلك امرا خارجا عن
مقتضيات المضاربة وفي محل النظر بل الظاهر انه [illegible] قوله الذمي اذا باع
[illegible]

[illegible]

[illegible]

٥٧

[illegible]

نحو ذلك وعرفه في ش انه وثيقة للدين يستوفى منه المال فسلم من بعض ما يرد هنا ويريد انه مرجح بجواز الرهن على الاعيان المضمونة فذكر المثل
ليس بجيد الا بالتاويل قوله والايجاب بكل لفظ دال على الارتهان كقوله رهنتك هذا او وثيقة عندك بدين او مالك وهذا المعنى مما يؤدي
هذا المعنى وتقبلك وهذا رهن عندك وارهنت بزيادة الهمزة فانه لغة قليلة فيه لا يبلغ شذوذها حد المنع بل هي اوضح لامر كثير

[illegible]

٥٨

[illegible]

[illegible]

مهاشي بعدم ما قبله والمطلوب من الرهن انه متى تعذر استيفاء الدين استوفي من الرهن الخ على مختار المصنف من اشتراط القبض واضح لان المنافع
لا يصح اقباضها الا باتلافها ومع ذلك فالمنع من رهنها موضع وفاق قوله وفي رهن المدبر تردد والوجه ان رهن رقبته ابطال
لتدبيره ومنشاء التردد من ان التدبير من الصيغ الجائزة التي يصح الرجوع فيها كالوصية فان العقد الرهن ابطله كالوصية
من العقود كالبيع والهبة لكون ذلك رجوعا عنه لان الغرض من العقود الملكة ملك من اشغل اليد ولا يتم الا بالرجوع ومن ان
فائدة الرهن استيفاء الدين من قيمته وهو مناف للتدبير وهو قول الاكثر ومن ان الرهن لا يستلزم نقله عن ملك الراهن ويجوز
فكه فلا يتحقق التنافي بين الرهن والتدبير بمجرد الرهن بل بالتصرف فيه وهو قول الشيخ محتجا عليه بعدم الدليل على بطلان كل
واحد منهما ح فيكون التدبير مراعى بفكه فيستقر او بانجاز في الدين فيبطل واستحسن في س وربما بني القولان على ان التدبير
هل هو عتق بصفة او وصية فالعتق فعلى الاول لا يبطل لان العتق لازم وعلى الثاني يبطل وهذا البناء ضعيف حيث الاجماع على
جواز الرجوع في التدبير فيكون وصية وانما هذا البناء احتج الشافعي حيث ان منهم من قال انه عتق بصفة قطع بعدم جواز الرجوع فيه و
من قال منهم انه وصية اختلفوا فبعضهم جعله رجوعا لما ذكرناه وبعضهم منعه ايضا قوله اما لو صرح برهن خدمته مع
بقاء التدبير قيل يصح التفاتا الى الرواية المتضمنة جواز بيع خدمته وقيل لا لتعذر بيع المنفعة منفردة وهو اشبه هذه
المسئلة من جزئيات رهن المنافع وقد تقدم عدم جوازه وهنا اختص منافع المدبر بالذكر لما روي من جواز بيع خدمته فيتفرع
وهنا الان لجواز بيعها جاز رهنها والاقوى عدم الجواز قوله ولو رهنها الذمي عند مسلم لم يصح ايضا ولو وضعها على يد ذمي على الاشبه
جوز الشيخ في ف رهن الذمي لحم الخنزير اذا وضعها عند ذمي لان الحق في وفاء الدين للذمي فيبيع الرهن كما لو باعها ووفاه ثمنها لان
الرهن لا يملك المرتهن وانما يصير محبوسا من تصرف الراهن والاصح عدم الجواز لان يد الذمي الودعي كيد المسلم وله تسلط على
الرهن بالبيع والاستيفاء على وجه وهو هنا ممتنع قوله ولو رهن ارض الخراج لم يصح لانها لم يتعين لواحد نعم يصح رهن ارض
الخراج هي المفتوحة عنوة والتي صالح الامام اهلها على ان يكون ملكا للمسلمين وضرب عليهم الخراج وقد تقدم حكمها والمراد هنا الحكم
جواز رهنها تبعا للاثار والمتصرف من بناء وشجر ونحوها لا منفردة قوله ولو رهن ما لا يصح اقباضه كالطير في الهواء والسمك
في الماء لم يصح هذا مبني على اشتراط القبض ... ومع ذلك ينبغي تقييد الطير بالا يوثق بعوده عادة والسمك
بكونه في ماء غير محصور بحيث يتعذر قبضه عادة والاصح وقد تقدم في البيع نظيره ولو لم يشترط القبض امكن القول بالجواز
مط لعدم المانع وتحصيل تعذر استيفاء الحق من ثمنه لعدم صحة بيعه يندفع بامكان الصلح عليه وكلية ما صح بيعه صح رهنه
ليست منعكسة كلية عكس النقيض ... قوله وكذا لو رهن ما لا يصح اقباضه ولم يسلمه هذا انما يتم
لو كان القبض شرطا للصحة وقد تقدم انه شرط اللزوم خاصة وقد صرح به في كره ويمكن ان يكون المص تجوز هنا في اطلاق عدم
الصحة على عدم اللزوم او التمام قوله وكذا لو رهن عند كافر عبدا مسلما او مصحفا وقيل يصح ويوضع على يد مسلم وهو اولى
وجه المنع ان ارتهانه يقتضي الاستيلاء عليه ببيع ونحوه وان كان في يد غيره وهو سبيل عليه منفي بالاية واختاره
المص رحمه لمنع تحقق السبيل بذلك لانه اذا لم يكن تحت يده لم يبق الا استيفاء من قيمته لا يبيع المالك او من يامره بذلك مع
التعذر يرفع امره الى الحاكم ليبيع ويوفيه ومثل هذا لا يعد سبيلا لان سلطه يتحقق وان لم يكن هناك رهن قوله ولو رهن وقفا
لم يصح لعدم امكان استيفاء الدين منه اذ لا يجوز بيعه وعلى تقدير جوازه على بعض الوجوه يجب ان يشترى بثمنه ملكا يكون وقفا
فلا يتحقق الاستيفاء منه مطلقا نعم لو قيل بعدم وجوب اقامة بدله امكن رهن الوقف حيث يجوز بيعه قوله ويصح رهن ... ذي الخيار

سواء كان للبايع او للمشتري او لهما لانتقال الملك بنفس البيع على الاشبه ومقتضى التعليل ان الراهن هو المشتري بناء على انتقال الملك
اليه وان كان ثم خيار خلافا للشيخ حيث حكم بعدم انتقال الملك اليه لو كان الخيار للبايع او لهما ويشكل بجواز رهن المشتري في
الصورتين وان قلنا بملكه لما فيه من التعرض لابطال حق البايع ومثله بيعه وما اشبهه من الامور الناقلة للملك وتحرير المسئلة
يحتاج الى التطويل نعم لو كان الخيار له خاصة فلا اشكال ويكون الرهن مبطلا للخيار وكذا يجوز للبايع رهنه ان كان الخيار له او
لهما ويكون فسخا للبيع قوله ويصح رهن العبد والمرتد ولو كان عن فطرة الحكم في غير الفطري وفي الانثى واضح لقبول توبته فالمالية
باقية فيه اما الفطري فيشكل فيه الصحة لانه لا يقبل توبته ويجب اتلافه شرعا فينتفي غاية الرهن وهي التوثق ووجه الجواز جواز بيعه و
بقاء ماليته حالة الرهن وتعرضه للاتلاف لا يبطل المنع كرهن المريض المدنف وهو جيد قوله والجاني خطأ وفي العمد تردد والاشبه
الجواز ومنشاء التردد في العمد من استحقاق القتل فهو في حكم التالف كما مر ومن بقاء المالية بالفعل وجواز العفو والاقوى
الجواز كما يصح بيعه وقد تقدم ثم ان قتله بطل الرهن وان فداه المولى او عفى الولي بقي رهنا واما الخطأ فالمالية باقية من حيث عدم
جواز القتل لكن معرضة للزوال باسترقاق المجني عليه له وبعد الجناية لو لم يفده المولى لان حقه مقدم على المرتهن فان استرقه
او بعضه بطل الرهن في ذلك ايضا ويفهم من العبارة ان جواز رهن الجاني خطأ لا خلاف فيه مع ان الشيخ منع من رهنه ايضا
محتجا بتعلق الارش برقبته وفي كون رهن المولى له في الخطأ التزاما بالفداء وجهان تقدم مثلهما في البيع قوله ولو رهن ما يسرع
اليه الفساد قبل الاجل فان شرط بيعه جاز والا بطل وقيل يصح ويجبر على بيعه القول بالبطلان مع عدم شرط البيع للشيخ ره
لعدم جواز بيعه بدون اذنه وحيث ان المالية تبيد ... فهو في قوة التالف وشمل قوله والا بطل ما لو شرط الاتباع او ما لو اطلق ووجه
البطلان في الاول واضح لمنافاته المقصود من الرهن ح فيبطل واما مع الاطلاق فيبعد البطلان لانه حين الرهن مال مملوك
يمكن بيعه فلا مانع من رهنه فاذا خيف فساده باعه المالك وجعل ثمنه رهنا فان امتنع اجبره الحاكم جمعا بين الحقين و
يحتمل في صورة شرط عدم البيع ذلك ايضا بتقريب ما تقدم وشرط عدم البيع لا يمنع لان الراهن الشارع يحكم عليه به
لعوده الى صيانة المال واحترز المصنف بقوله قبل الاجل عما لو كان لا يفسد الا بعد حلوله بحيث يمكن بيعه قبله فانه لا يمنع و
كذا لو كان الدين حالا لامكان حصول المقصود منه ولو ترك المرتهن السعي في بيع ما يفسد حيث صح رهنه مراجعة المالك والحاكم
حيث يكون ضمن ولو تعذر الحاكم فان خلاه المالك حتى البيع لم يضمن والا احتمل الضمان لجواز بيعه ح ولا يخفى ان المراد بما يسرع
اليه الفساد في المسئلة المفروضة ما لا يمكن اصلاحه بتجفيفه كالعنب والرطب والخوخ ورهنه قولا واحدا ووجب على الراهن تجفيفه واصلاحه
لان ذلك من مؤنة حفظه كنفقة الحيوان المرهون قوله ويصح رهن ما ثابت في الذمة المراد بالثابت في الذمة المستقر فيها
وان لم يكن بثبوته مستقرا كالثمن في مدة الخيار واحترز بالدين عن العين فلا يصح الرهن عليها سواء كانت امانة في يده كالوديعة
والعارية غير المضمونة ام كانت مضمونة كالمغصوبة والمقبوضة بالسوم والمستعارة مع الضمان وعدم جواز الرهن على الاول
موضع وفاق وان احتمل طرو الضمان بالتعدي واما الثاني فعند الاكثر وجهة المنع استناده الى ان مقتضى الرهن استيفاء
المرهون به من الرهن وفي الاعيان يتعذر ذلك لامتناع استيفاء العين الموجودة من شيء اخر ويضعف بان الغرض ليس منحصرا
في الاستيفاء عند وجود العين بل يكون التوثق بالرهن باخذ عوضها عند تلفها ولا يرد مثله في الاعيان التي ليست مضمونة
حيث يحتمل تجدد سبب الضمان لعدم كونها عند الرهن مضمونة فان الرهن انما يصح عند وجوب سبب الضمان ابتداء او ما في حكمه
كالعين المضمونة بخلاف ما يمكن تجدد سببه فانه كما سيتجدد من الدين ... الادلة الدالة على جواز الرهن على الحق ...

على النزاع نعم الاية الشريفة المنبهة على الرهن متعلقة بالدين لانه لا ينحصر غيره الا من باب المفهوم الضعيف وهذا اقوى وهل يلحق
بالاعيان المضمونة رهن المبيع وثمنه لاحتمال فساد البيع باستحقاقهما ونحوه ونقصانهما كيلا او وزنا قيل نعم اختاره الشهيد
ره وجماعة لتحقق الفائدة وهي التوثق والارتفاق وقيل لا لعدم وجود المقتضي الان وما يتجدد يكون كما يتجدد في الامانات الساقطة
مع الاجماع على عدم جواز الرهن عليها ويمكن الفرق بان ما يتجدد من الاسباب الموجبة للضمان يكشف عن حصوله من حين العقد كما هو
واضح في نقصان المقدار واستحقاق العين فيكون عند الحق مضمونا في نفس الامر على تقدير الحاجة اليه بخلاف الامانات فان سبب
الضمان متجدد ظاهرا وفي نفس الامر فلا يتحقق المقتضي حين العقد وحيث جوزنا الرهن على الاعيان المضمونة فمعناه الاستيفاء منه
اذا تلفت او نقصت او تعذر الرد والاتمام وقد تقدمت الاشارة اليه قوله كالدية قبل استقرار الجناية اي قبل انتهائها الى
الحد الذي يوجب الدية وان علم انها ماتية على النفس لعدم ثبوت ذلك حين الرهن وما حصل من الجناية في معرض الزوال بالانتقال الى
غيره بل هو في الحقيقة ليس بثابت لان الشارع لم يرتب لها حكما الى ان يستقر ثم ان كانت حالة لازمة للجاني كشبيه العمد جاز
الرهن عليها لانها حالة وان كانت مؤجلة على العاقلة كالخطأ لم يصح الرهن عليها الا بعد الحلول لان المستحق عليه هنا غير منضبط
لان المعتبرين منهم عند الحلول جامعا للشرائط بخلاف الدين المؤجلة ومنه الدية على غير العاقلة لاستقرار الحق على من هو عليه
معين وربما قيل بجواز الرهن على الجناية التي قد استقر موجبها وان لم يستقر هي كقطع ما يوجب الدية فان غاية الموت لا يوجب
اكثر منها غالبا وهو دون ذلك وليس ببعيد قوله وكذا الجعالة قبل الرد اي لا يصح الرهن على مال الجعالة لعدم استحقاق المجعول له المال
بل بتمام العمل وان شرع فيه كما سياتي في بابه ان شاء الله واختاره في كره جوازه بعد الشروع وقبل الاتمام لانتهائه الى
اللزوم كالثمن في مدة الخيار وفيه نظر لما ذكرناه من عدم استحقاق شيء وان عمل اكثره والفرق بينها وبين المبيع في زمن الخيار
واضح لان المبيع متى ابقى على حاله انقضت مدة الخيار وثبت له اللزوم والاصل فيه عدم الفسخ عكس الجعالة فان العمل فيها لو ترك
على حاله لم يستحق بسببه شيء والاصل عدم الاكمال قوله وكذا مال الكتابة ولو قيل بالجواز فيها كان اشبه الكتابة ان كانت مطلقة
فهي لازمة اجماعا فيجوز الرهن على مالها بغير خلاف وان كانت مشروطة فعند الشيخ وجماعة انها جائزة من قبل العبد فيجوز له تعجيز نفسه فلا
يصح الرهن عليها على مالها لانتفاء فائدة الرهن وهي التوثق اذ للعبد اسقاط المال متى شاء ولانه لا يمكن استيفاء الدين من الرهن
لانه لو عجز صار الرهن للسيد لانه من جملة مال المكاتب والاقوى المشهور من لزومها مطلقا كالمطلقة لعموم الامر بالوفاء بالعقود فيتحقق
الفائدة ويصح الرهن على مالها ولو قلنا بجوازها لا يمتنع الرهن كالثمن في مدة الخيار وعلى ما قررناه فاطلاق المص حكاية المنع اولا ثم
حكمه بالجواز ثانيا غير جيد قوله ولا يصح على ما لا يمكن استيفاؤه من الرهن كالاجارة المتعلقة بعين الموجر ويصح فيما هو ثابت
في الذمة كالعمل المطلق لما كان الغرض من الرهن استيفاء الدين منه مع تعذر الوفاء كان لا معنى لصحة الرهن على الحق المتعلق بعين مخصوص
كالموجر نفسه شهرا معينا او داره كذلك او دابته المعينة لحمل معين ونحو ذلك لان تلك المنفعة لا يمكن استيفاؤها الا من العين
المخصوصة حتى لو تعذر الاستيفاء منها بالموت او خراب ونحوهما بطلت الاجارة المتعلقة بالذمة كما لو استاجره على تحصيل خياطة ثوب بنفسه
او بغيره فان الواجب تحصيل المنفعة على اي وجه اتفق ومن اي عين كان فيصح الرهن عليه لامكان استيفائها منه قوله ولو رهن على مال
رهنا ثم استدان اخر وجعل ذلك الرهن عليهما جاز لعدم المانع مع وجود المقتضي فان التوثق يجوز ان يكون لشيء واحد لا يتعلق بالتوثق الا
به خصوصا مع زيادة قيمته على الاول ولا يشترط فسخ الرهن الاول ثم تجديده لهما بل يضم الثاني بعقد جديد ويجوز العكس ايضا مثال
بان رهن على المال الواحد رهنا اخر فصاعدا وان كانت قيمة الاول تفي بالدين الاول لجواز عروض ما يمنع من استيفائه منه وزيادة الاستيثاق

قوله ولا ينعقد مع الاكراه اي لا ينعقد انعقادا تاما على حد ما يقع من المختار لانه يقع باطلا لانه لو اجازه بعد ذلك مختارا صح فهو
كعقد الفضولي لا كعقد غير كامل العقد كالصبي والمجنون حيث لا يقع ولو اجازه بعد الكمال وقد تم فصله فيه بقوله ولا ينعقد بعد قوله
يشترط بنيتهما على البيع ان الحكم باختلاف العبارة ولا يخفى ان ذلك في غير الاكراه الرافع للقصد فان عبارته حينئذ تصير كعبارة غير الكامل
وقد سبق تحقيق ذلك كله في البيع قوله ويجوز لولي الطفل رهن ماله اذا افتقر الى الاستدانة مع مراعاة المصلحة كان يستدعم
عقاره ونحوه ضابطه جواز الرهن حيث يكون الاستدانة اولى من بيع شيء من ماله بحسب نظر الوصي ويتوقف على الرهن وكذا يجوز
ذلك حيث يجوز البيع ولم يكن ... وحيث يجوز الرهن يجب كونه في يد امين يجوز ايداعه منه ولا فرق بين الاولياء في ذلك نص
عليه في كره وهذا الحكم لا خلاف فيه عندنا وانما خالف فيه بعض الشافعية فمنع من رهن ماله مطلقا قوله ويجوز لولي
اليتيم اخذ الرهن له ويمكن ان يريد بالجواز معناه الخاص فلا يجب لاصالة العدم خصوصا اذا كان المديون في دفع مليا او ثقة
والجواز ابضاع ماله ولا يتصور فيه الرهن والاولى ان يريد به معناه الاعم فيشمل الوجوب فهو المراد هنا وبه قطع في كره
فانه قال ولو كان المشتري موسرا لم يكتف الولي به بل لابد من الارتهان بالثمن قال ولو لم يحصل ارتهان الحق بيساره ووفور امانته
امكن البيع نسية بغير رهن كما يجوز ابضاع مال الطفل انتهى وحيث يمكن الرهن يعتبر كونه مساويا للحق او زائدا عليه ليمكن استيفاؤه
منه وكونه بيد الولي او بيد عدل ليتم التوثق والاشهاد عليه ولو اخل ببعضها ضمن قوله ولا يجوز ان يسلف ماله الا مع
ظهور الغبطة وحيث يجوز يجب كون المديون ثقة مليا ويرتهن على الحق ما يفي بقيمته كل ذلك مع الامكان قوله ولا يجوز له اقراض
الا مع الغبطة نعم لو خشي على المال من حرق او غرق وغيره جاز اقراضه واخذ الرهن والمراد اقراضه من غيره فان ذلك غير جائز الا مع مصلحة
الطفل كخوف تلف المال فيقرضه من الثقة المليء ويرهن عليه ويشهد كما مر واما اقراضه من نفسه فيحتمل كونه كذلك لانه تصرف في مال
اليتيم وهو مشروط بالمصلحة ويحتمل جواز اقراضه مع عدم الضرر على الطفل وان لم يكن له مصلحة لاطلاق رواية ابي الربيع عن الصادق ع
انه سئل عن رجل ولي يتيم فاستقرض منه فقال ان علي بن الحسين عليهما السلام كان يستقرض من مال ايتام كانوا في حجره فلا باس بذلك
والرواية مع تسليم سندها مطلقة يمكن تقييدها بالمصلحة وفي كره شرط في جواز اقراضه الولاية والملاءة ومصلحة الطفل بل
منع عليه بالرواية المذكورة ومن مسوغات اقراض مال اليتيم خوف تلفه بتسويس الحنطة وشبهها فيقرضها من الثقة الملي مع الامكان
بالرهن لينتفع بجوده وتعذر الايفاء قوله ولو تعذر اقتصر على اقراضه من الثقة غالبا اي تعذر الرهن وظاهره وجوب ...
تعذره في اقراضه لثقة فيكون بالجواز بناء الاقرب ومقتضى العبارة انه مع امكان الرهن لا يعتبر كون المقترض ثقة ولا مليا الا
الدين بالرهن وفي كره اعتبار الرهن والملاءة والثقة جميعا مع الامكان واسقط اعتبار الرهن مع عدم امكانه وبقي فيها وفي
العبارة ما لو تعذر الثقة ايضا فظاهرهما عدم جواز الاقراض ح ويشكل حيث يؤدي تركه الى تلف المال فانه لا ريب في ان الاقراض بل
الظاهر ان القرض كذلك اولى لامكان حصوله منه بخلاف ما لو ترك وعلى تقدير تحقق عدم الوفاء وتحقق التلف بدونه يكون
اولوية اقراضه لثبوته في ذمته فيحتمل الخلاص او وارثه منه او اخذه منه في الاخرة بخلاف التلف من الله الى ان يثبت العوض عليه
تعالى فقد يحتمل ترجيحه لانه اكثر والمراد بقوله المشهور من التعبير بالثقة في هذا المحل بمعنى الاكتفاء بظاهره وعدم ...
العلم بذلك لتعذره فعبر عن الظن بالغالب نظرا الى ان الظن يتحقق بكونه الغالب على حاله كونه ثقة لان المراد كونه في اغلب احواله
دون القليل من احواله فانه للتغير كافيات والظاهر ان المراد بالثقة في هذا نظير العدل لان ذلك هو المعتبر شرعا مع احتمال
الاكتفاء بالثقة العرفية فانها اعم من الشرعية على ما يظهر ذلك من عرف الناس قوله واذا شرط المرتهن الوكالة في العقد

لفساد المبيع او وضع الرهن على يد عدل معين لزم ولم يكن للراهن فسخ الوكالة [illegible] الرهن لانه [illegible] المرتهن وكذا
في البيع لكن يجوز اشتراط كونه وكيلا في عقد الرهن لانه من الشروط السائغة وكذا يجوز اشتراطها للوارث من بعده [illegible]
بذلك بعد الموت وكذا يجوز اشتراطه للغير [illegible] فان شرط ذلك فليس للراهن فسخها [illegible] لان احدهما [illegible]
من العقود الجائزة ومن شانها تسلط كل منهما على الفسخ [illegible] الشرط [illegible] الوفاء وان كانت في عقد لازم [illegible]
على فسخ العقد المشروط فيه [illegible] لزوم الشروط انما يكون مع ذكرها في عقد لازم كالبيع والرهن ليس كذلك فان ترجيح
احد طرفيه على الاخر ترجيح من غير مرجح [illegible] الوكالة [illegible] لزومها بسبب عارض [illegible] في عقد لازم
وهو هنا كذلك والثاني بمنع عدم وجوب الوفاء بالشرط في العقود اللازمة وقد تقدم [illegible] العقد المشروط فيه
كاف في تحققه [illegible] لان الغرض [illegible] وقد تقدم ايضا ان العقد كاف في
تحققه [illegible] من الايجاب والقبول [illegible] الثالث بان عقد الرهن
لما كان من طرف الراهن [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

وشرع في بيع الرهن فمنهم من جمع بينهما ومنهم من رجح والأقوى ترجيح جانب الرهن لسبق سببه فيجوز البيع مطلقا أقوى ومما قيل بجواز
بيعهما معا وطيه بغير إذن المرتهن ومنعه مع وقوعه بإذنه واختاره الشهيد ره في بعض حواشيه فيكون الأقوال الأربعة **قوله** ولو وطئها
الراهن بإذن المرتهن لم يخرج من الوطئ الرهن لا شبهة في عدم خروجها عنه بمجرد الوطئ ولا منافاة بينهما بل لا يخرج بالحمل أيضا
كما قدمناه وإن منعنا من بيعها لإمكان موت الولد فإنه مانع فإذا زال العمل السابق عمله **قوله** ولو أذن له في بيعها فباع
بطل الرهن ولا يجب جعل الثمن رهنا لما كان حق المرتهن متعلقا بالحق ببيع الرهن فإذا أذن للراهن فيما ينافيه زال الملك عنه
فإن كان بغير عوض كالعتق والهبة فلا إشكال في عدم لزوم إقامة بدله لزوال متعلق الرهن وهو العين بإذن المرتهن سواء كان
الدين حالا أم مؤجلا وإن كان بعوض كالبيع فالمشهور أنه كذلك لعين ما ذكر وللشيخ قول بأن الإذن إن كان بعد حلول الحق
يكون الثمن رهنا مكانه لأن عقد الرهن يقتضي بيع الرهن عند حلوله فينصرف الإذن إليه هذا كله مع عدم شرط جعل الثمن
رهنا عند الإذن في البيع وإلا لزم قطعا للعموم قوله المؤمنون عند شروطهم ولا فرق حينئذ بين أن يكون الدين حالا
ومؤجلا ومثله في الحلول ما لو كان الدين مؤجلا فأذن المرتهن في البيع بشرط أن يعجل حقه من ثمنه فيلزم الشرط لأنه شرط
سائغ تدعو الحاجة إليه نبه عليه في كره **قوله** ولو أذن الراهن للمرتهن في البيع قبل الأجل لم يجز للمرتهن التصرف في الثمن إلا بعد حلوله
صح ووجه عدم الجواز ظاهر لعدم استحقاقه حينئذ والإذن في البيع لا يقتضي الإذن في تعجيل الاستيفاء ولو كان ذلك بعد الحلول
نفذ مطلقا وصح تصرف المرتهن وهو مبني على كون الحق موافقا للثمن جنسا ووصفا فلو خالفا لم يجز التصرف فيه إلا
بإذن المرتهن كما لا يجوز له التصرف في نفس الرهن لافتقاره إلى المعاوضة أخرى **قوله** وإذا حل الأجل وتعذر الأداء كان
للمرتهن البيع إن كان وكيلا وإلا رفع أمره إلى الحاكم ليلزمه البيع فإن امتنع كان له حبسه وله أن يبيع عليه هذا حكم استيفاء
المرتهن حقه من الرهن وحاصله أنه إن كان وكيلا باع الرهن بنفسه مع حلول الدين إما بأصله أو بانقضاء أجله حتى لو كان
حالا فالمرتهن في مجلس الرهن ما لم يشترط عليه تأخير التصرف إلى مدة فيقوم مقام تأجيل الدين وإن لم يكن وكيلا طلب من الراهن
البيع أو الإذن فيه فإن فعل وإلا رفع أمره إلى الحاكم والمصنف ره طوى هذه المسألة لظهور أمرها فيلزمه الحاكم بالبيع أو
يبيع عليه لأنه ولي الممتنع وهذا كله لا إشكال فيه وإنما يقع الاشتباه في موضعين أحدهما لو كان حقه لا يمكن إثباته عند
الحاكم لعدم بينة مقبولة أو حاضرة عنده والثاني ما لو تعذر وصوله إلى الحاكم لعدمه أو لبعده فيحتمل ح قويا جواز استقلاله
بالبيع بنفسه ويستوفي حقه كما لو ظفر لغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ولا بينة وهو خيرة كره بل فرضها فيما هو
أبلغ من ذلك وهو ما لو لم يكن في البلد حاكم والظاهر أن المعتبر بعده بحيث يشق التوصل إليه عادة لا مطلق كونه في غير البلد ولو
أمكن إثباته عند الحاكم بالبينة لكن افتقر إلى اليمين لكون المدعى عليه غائبا ونحوه فالظاهر أنه عذر مانع ولا يجوز له الاستقلال
لإمكان الاستيفاء من وكيل المديون وهو الحاكم فلا يستبد بنفسه مع احتمال الجواز دفعا وقعا للمشقة والحلف بالله تعالى **قوله** ويد
الرهن لازمة من جهة الراهن ليس له انتزاعه إلا مع الإقباض أو الإبراء أو تصريح المرتهن بإسقاط حقه من الارتهان وعقد الرهن ذو
جهتين بالنسبة إلى الجواز واللزوم فهو لازم من قبل الراهن وجائز من قبل المرتهن والفرق أن الراهن يسقط غيره والمرتهن يسقط
حق نفسه وليس له نظير في العقود إلا الكتابة المشروطة عند الشيخ ره فإنها لازمة من قبل السيد جائزة من قبل العبد نعم ربما أتى
عقد الفضولي من أحد الجانبين فإنه لازم من قبل من عقد لنفسه جائز من قبل من عقد عنه فضولا وعلى هذا يمكن تقسيم سائر
العقود على هذا الوجه إذا تقرر ذلك فلا يجوز للراهن أنه أعم بغير إذن المرتهن مط وأما استثناء المص بحريجهن كونه رهنا

مالك نسبنا

والاستثناء منقطع وجملة ما ذكره من مبطلات الرهن ثلاثة أحدها إقباض الدين ولا يعتبر كونه من الراهن بل لو اقتضه عنه وإن كان
متبرعا فكذلك الرهن وفي حكمه ضمان الغير له مع قبول المرتهن والحوالة به وثانيها إبراء المرتهن له من الدين وفي حكمه الإقالة المسقطة
المرتهن حقه من الرهانة بمعنى فسخ لعقدها وأمره وأمضى جوازه من قبله ويبقى في المسألة أمر آخر وهو أن الوفاء المبعض والإبراء هو منه بنحو
بعضه يكون حكمه حكم ما لو أمضى الجميع والإبراء منه فيقال ذلك لأن الرهن إنما وقع في مقابلة مجموع الدين من حيث هو مجموع وقد ارتفع
بعضه
بارتفاع المجموع ضرورة ولما ارتفع بإرتفاع بعض أجزائه فعلى هذا يبطل الرهن بسقوط جزء ما من الدين وإن قل ويحتمل بقاؤه لجميع
ما بقي من الدين جزء ما نظرا إلى الغالب من تعلق الأغراض باستيفاء الدين عن آخره من الرهن وهذا هو الحكم الذي قواه في س وادعى في كره
وادعى في التذكرة عليه الإجماع والأقوى اعتبار القواعد نعم لو شرط كونه رهنا على المجموع لا على كل جزء منه فلا إشكال في الأول كما أنه لو شرط
كونه رهنا على كل جزء فلا إشكال في بقائه ما بقي جزء وعلى الأول لو بذل الراهن شيئا من الدين فحرج جرى قبوله في غير ما يلزم منه نقص
المالية كالسلم ونحو المبيع نفاوت أداؤه إلى الضرر بالانفساخ ومن وجوب قبض بعض الحق ح غير ما ذكر ويمكن أن يلحق هذا العرض
بنقص المالية فإن إبطال الرهن موجب للنقص خصوصا مع اعتبار الراهن فيؤدي إلى الضرر المنفي ويبقى في المسألة عند الإطلاق
احتمال ثالث وهو مقابلة أجزاء الرهن بأجزاء الدين وتقسيطه عليها كما هو مقتضى كل معاوضة فإذا برئ من بعض الدين ينفك من
الرهن بحسابه ففي النصف النصف ومن الثلث الثلث وهكذا وهذا الاحتمال متوجه لأن إطلاق المقابلة بين الأمرين في المعاملة يقتضي
ذلك إلا أنه يشكل بأنه لو تلف جزء من الرهن فإنه يقتضي أن لا يبقى الباقي رهنا على مجموع الدين بل على جزء فيقسط الحساب ويمكن اندفاع
هذا بما ذكروه في توجيه الاحتمال الثاني من تعلق الغرض باستيفاء الدين كله من الرهن ويرجع إلى أن دلالة العرف على هذا المعنى **قوله**
وبعد ذلك يبقى أمانة في يد المرتهن لا يجب تسليمه إلا بعد المطالبة المراد أنه يبقى في يد المرتهن بعد انفساخ الرهن بعد انفساخ
الرهن أمانة مالكية لا شرعية ومن لوازمها عدم وجوب تسليمها إلى مالكها إلا مع المطالبة بخلاف الشرعية وإنما كان كذلك لأنه مقبوض
بإذن المالك وقد كان وثيقة وأمانة فإذا سقطت الوثيقة بقيت الأمانة فتصير ح له كالوديعة لأنه لا يلزمه إيصال الرهن ثم إذا
الوداع إن أدى حيث يلزمه رده على المالك ابتداء أو إعلامه به وهذا ونحوه هو المعبر عنه بالأمانة الشرعية حيثما أن الشارع جعله أمينا
عليه دون المالك فيجب المبادرة إلى الحد الأقرب لأن المالك لم يرض بكونه في يده ومنه ما بعد المسألة حكى بعض العامة حيث ذهب إلى أنه
إذا قضاه يكون مضمونا وإذا أبرأه ثم تلف الرهن في يده لا يضمنه استحسانا وهو تحكم بل ينبغي العكس فإنه مع القضاء يكون المالك
عالما بانفكاك ماله فإذا لم يطالب به فقد رضي ببقائه أمانة وما الإبراء فقد لا يعلم به الراهن فلا يكون تاركا لماله باختياره قال الشيخ
وينبغي أن يكون المرتهن إذا أبرأ الراهن من الدين ولم يعلم الراهن أن يعلمه بالإبراء أو يرد الرهن عليه لأنه لم يتركه عنده إلا على سبيل
الوثيقة بخلاف ما إذا علم لأنه قد رضي بتركه في يده وهو حسن **قوله** ولو شرط أنه إن لم يؤد أن يكون الرهن مبيعا لم يصح المراد أنه
رهنه الرهن على الدين المؤجل وشرط أنه إن لم يؤد الدين في ذلك الأجل يكون الرهن مبيعا له بالدين أو بقدر مخصوص فإنه لا يصح الرهن
ولا البيع أما الرهن فلأنه لا يوقت إلا بالوفاء وأما البيع فلأنه لا يتعلق وعبارة المص مطلقة إلا أنها منزلة على ذلك وإن كان في
الإطلاق يبطلان أيضا إلا أنه حيث لم يعين وقتا لا يتحقق عدم الوفاء ما دام الراهن حيا فيتعلق البيع على الوفاء فهو غير صحيح أيضا
إلا أن الأصحاب وغيرهم فرضوها كما ذكرناه وقد يكتفى في تعليل بطلان الرهن ببطلان البيع المعلق فهو شرط فاسد دخل على
العقد فأفسده كما تقدم وخالف في ذلك بعض العامة فصحح الرهن وأفسد البيع لأن الراهن إذا رضي بالرهن مع هذا الشرط
كان أولى أن يرضى به مع بطلانه وفساده ظ لأن مجرد الرضا غير كاف مع اختلال شرائط العقد إذا تقرر ذلك فلو قبضه المرتهن

على هذا الوجه ضمنه بعد الأجل لا قبله لأنه في مدة الأجل رهن فاسد وبعده مبيع فاسد وفاسد كل عقد يتبع صحيحه في الضمان وعدمه
فحيث كان صحيح الرهن غير مضمون كان فاسده كذلك وحيث كان صحيح البيع مضمونا على المشتري ففاسده كذلك والسر في ذلك
أنهما تراضيا على لوازم العقد فحيث كان مضمونا فقد دخل القابض على الضمان ودفع المالك عليه مضافا إلى قوله ع على اليد ما أخذت
حتى تؤدي وهو واضح وحيث يكون غير مضمون يكون التسليم واقعا على اعتقاد صحة العقد فلم يقصد المسلم ضمانا بل سلم
على قصد العدم ولم يلتزم المتسلم ضمانا أيضا فينتفي المقتضي له وهذا القسم إنما يتم لو كانا جاهلين بالفساد أو عالمين به لأن
الدافع في القبض فيكون بمنزلة الأمانة وكذا لو كان الدافع عالما به والقابض جاهلا أما لو انعكس أشكل من حيث إن القابض أخذ
بغير حق والأنسب توهم اللزوم والأخذ من يدفع ماله فينبغي أن يكون مضمونا لعموم الخبر السالف إلا أن الأصحاب وغيرهم أطلقوا
القول في هذه القاعدة لم يخالف فيها أحد ويمكن توجيهه أيضا بأن المالك أذن في قبضه على وجه لا ضمان فيه والمتسلم
عمر كذلك وعدم رضاه لو علم لعدم اللزوم غير معلوم فالإذن حاصل والمانع غير معلوم **قوله** ولو غصبه ثم رهنه صح ولم يزل
الضمان وكذا لو كان في يده ببيع فاسد ولو أسقط عنه الضمان صح قوله الضمير البارز في غصبه ورهنه يعود إلى المال المجعول
رهنا وأما المستكن فيهما فلا يجوز بخفائه فيمكن أن يكون الفعلان مبنيين للمعلوم ويعود ضميرهما إلى فاعل الغصب المدلول عليه
بالمقام لكونه لا بد لمن يعرف وضميرهما يعود إلى المغصوب منه المدلول عليه بالغصب لأنه يستلزم غاصبا ومغصوبا منه وعلى هذا فضمير رهنه
البارز أحد مفعوليه والثاني محذوف والتقدير ورهنه منه أو إياه أو الغاصب ونحوه ويمكن بناء الصيغة الأولى للمجهول وضميره
المستكن يعود إليه أي لو غصب المال ثم رهنه ذلك المغصوب منه والتقدير أنه رهنه من الغاصب إلا أن فيه قصور العبارة عن تأدية
هذا التقدير ولا بد منه لأنه مفروض المسألة إلا أنه يظهر بمعونة ما يأتي من قوله ولم يزل الضمان ويمكن العكس بأن يبنى الصيغة الأولى
للمعلوم والثانية للمجهول وتقدير الأولى كما مر وضمير رهنه المستكن الذي هو نائب الفاعل يعود إلى الغاصب والبارز إلى المال المغصوب
غصبه ولا يحتاج إلى بيان الفاعل لظهور أن الراهن شرعا لا يكون إلا المالك المغصوب منه وهذا الوجه أخصر أوجه الثلاثة وإن اشترك
الكل في الحاجة ثم الله أعلم بصعوبة تأليف العبارة إذا تقرر ذلك فنقول قد عرفت فيما تقدم أنه يجوز رهن العين المغصوبة عند الغاصب والخلاف في
أن قبضه هل يتحقق بمجرد العقد أو لا بد فيه من إذن جديد والمص اختار تحققه بمجرد العقد ولا بد فيه من إذن جديد وإن القبض إن
تحقق بمجرد العقد اكتفاء بالقبض السابق وبقي الكلام هنا في أن الضمان الذي كان قد حصل بالغصب هل يزول بالرهن أم لا وإنما يقع
الاشتباه لو اكتفينا بالقبض السابق كما اختاره المص أما لو جعلنا افتقار الرهن إلى قبض جديد فلا شبهة في أنه قبله مضمون لأنه قبله
مقبوض بالغصب والمص جزم ببقاء الضمان وإن تحقق القبض المعتبر للرهن ووجه أن الضمان كان حاصلا من قبل ولم يحصل ما يزيله
فيستصحب ولم يحصل ما يزيله لأن الحاصل هو الرهن المقبوض لا ينافي الضمان كما لو تعدى المرتهن في الرهن فإنه يصير مضمونا
ضمان الغصب وهو رهن كما كان وإذا لم يكونا متنافيين استمر الضمان لعدم المعارض ولقوله ع على اليد ما أخذت حتى تؤدي
لأن ابتداء كل شيء أضعف من استدامته بناء على احتياج المبتدأ إلى المؤثر قطعا واستغناء الباقي عنه والحاجة تقوم احتياجه فإنه
المتفق على احتياجه أضعف من المختلف فيه وإذا كانت حالة الرهن القوية وهي استدامته لا يمنع حالة الضمان الضعيفة وهي ابتداؤه
كما إذا طرأ التعدي على الرهن فلأن لا يمنع حالة الرهن الضعيفة وهي ابتداؤه حالة الضمان القوية وهي استدامته كما لا يمنع
حالة الضمان الضعيفة وهي ابتداؤه كما إذا طرأ التعدي على الرهن فلأن لا يمنع حالة الرهن الضعيفة وهي ابتداؤه حالة
الضمان القوية وهي استدامته فيها أولى أن ابتداء الرهن على استدامة الغصب أولى وقد تقدم أن وجه الاكتفاء

بالقبض

بالقبض السابق وإن كان غصبا صدق قوله تعالى فرهان مقبوضة أعم من كونه مقبوضا أمانة وعدوانا ودخ فيبقى ضمان الغصب
مستمرا إلى أن يقبضه المالك ثم يرده إليه أو يسقط عنه ضمانه ويستقرب العلامة في عد زوال الضمان هنا بمجرد العقد لانتفاء
القبض المستدام بعد إلى الرهن المقتضي لصيرورته أمانة ولزوال السبب المقتضي للضمان لأنه لم يبق غاصبا فلا يبقى الحكم مع زوال
سببه
وحدوث سبب يخالف حكمه حكمه وحدث التعدي في الرهن يوجب الضمان للعدوان لا للغصب والحال أنه هنا قد زال
الضمان ولم يحدث ما يوجبه والأقوى الأول وقد عرفت أنه لا منافاة بين أن يعرض القبض إلى الرهن وبقاء الضمان ولذلك
اتفقنا فيما لو لم يكتف بالقبض السابق وجدده المالك الإذن في القبض يتقريب الدليل إلا أن زوال الضمان هنا أقوى لأن
المالك لما قبضه منه ثم أقبضه إياه ثم دفعه إليه لأنه خرج كونه بخلاف السابق وهذا البحث آت في كل قبض مضمون كالمقبوض
بالبيع الفاسد والسوم على القول به والمستعير المفرط والمشروط عليه الضمان لاشتراك الجميع في المعنى **قوله** وما يحصل من الرهن
من فائدة فهي للراهن المراد بالحاصل منه ذوائده وفوائده متصلة كانت أم منفصلة متولدة كالثمرة أم لا كالكسب فإن جميعها
ملك للراهن تبعا للأصل فإن حبسه بحق المرتهن لا يخرجه عن حقيقة الملك وسيأتي أنه هل يدخل معه في الرهن أم لا **قوله**
ولو حملت الدابة والشجرة أو المملوكة بعد الارتهان كان الحمل هنا كالأصل على الأظهر عدد لهذه المسألة السابقة إلى الأمثلة
المذكورة يوهم أن الخلاف فيما ذكر وقد كان الأولى تفريعها على السابق بأن يقول بعد الحكم بكون الفوائد ملكا للراهن وهل يدخل
في الرهن تبعا للأصل أم لا ويحكم باختياره والحاصل أن فوائد الرهن وزوائده المتجددة بعد الارتهان إن كانت متصلة
اتصالا لا يقبل الانفصال كالسمن والطول دخلت إجماعا وإن كانت منفصلة كالثمرة والولد أو يقبل الانفصال كالنعرة والثمرة
قبل الجداد ففي دخولها قولان أحدهما وهو المشهور بل ادعى عليه ابن إدريس فيه الإجماع وقبله المرتضى في الانتصار ما اختاره
المص وهو دخولها فيه ووجهه أما الإجماع والمنقول لحيز الواحد وأن النماء من شأنه تبعيته للأصل في الحكم كما يتبع ولد المدبرة له
والثاني عدم الدخول ذهب إليه الشيخ وتبعه ابن إدريس والمحقق الشيخ على أصالة عدمه ولأن الأصل في الملك أن يتصرف فيه مالكه
كيف شاء خرج منه الأصل بوقوع الرهن عليه فيبقى الباقي وللخبر الذي احتج به العلامة برواية السكوني وصحيحة محمد بن مسلم عن الكاظم ع ولا شاهد
فيهما لأن الأول مع منعها اقتضت كون المنفعة في مقابلة النفقة والثانية أن الغلة أيضا للأصل ولا نزاع فيه ولا يلزم من دخول
في الارتهان خروجه عن الملك ويمكن أن يستدل على القول بعدم الدخول بلزوم جواز انتفاع الراهن بالرهن لأن المنفعة إذا لم يكن رهنا
لا يجب لمنعه من التصرف فيها لكن الإجماع على منعه ويندفع ذلك بأن منعه من التصرف كان من حيث المنفعة بل من حيث استلزام
التصرف في المرهون ولهذا لو انفصلت المنفعة كالثمرة والولد لم يمنع من التصرف فيها ولعل هذا القول أقوى والإجماع ثم والتبعية
الملك مسلمة لا في مطلق الحكم وتبعية ولد المدبرة لنص خاص بالعتق ولو شرط المرتهن دخولها أو شرط الراهن خروجها ارتفع الإشكال ولزم
الشرط ويستثنى في كره من ذلك المتجدد من المنافع بالاختيار كما لو اكتسب العبد فلا يجوز اشتراط دخوله لأنها ليست من أجزاء الأصل فهي معدومة
قوله ولو كان له دينان وبأحدهما رهن لم يجز أن يجعله رهنا بهما ولا أن ينقله إلى دين مستأنف أي لا يجوز للمرتهن ذلك
بنفسه بغير رضا الراهن والأصح تقدم أنه يجوز إدخال الدين المتجدد في الرهن وجعل الرهن على دين آخر مع التراضي **قوله** وإذا
رهن مال غيره بإذنه ضمنه بقيمته إن تلف وتعذر إعادته وإجماع العلماء على جواز رهن مال الغير بإذنه على دين في الجملة وسموه
استعارة للرهن وجعلوها مضمونة على الراهن وإن تلفت بغير تفريط ولأنه لا يجوز للمعير الرجوع فيها بحيث يفسخ الرهن وإن
جاز له مطالبة الراهن بالفك عند الحلول ثم إن فكه الراهن ورده إلى مالكه تاما فلا بحث وإن تلف في يد المرتهن بغير تفريط لم يضمن

ضمن الراهن مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا والمعتبر في القيمة يوم التلف لانه لم يخرج عن ملك المعير هذا ان ضمنت
القيمة بتفاوت السوق فان نقصت بغير مضمون على الغاصب على الاقوى فيهما اولى وان كانت للتفاوت لنقص في العين ضمن
المستعير كما يضمن الجملة وفي حكم التلف تعذر رده بغصب ونحوه [illegible] في البيع بدون ثمن [illegible] فالاطلاق [illegible]
اعاره ثم يحتاج الى التقييد وانما يجيء هذه العارية الحكمان السابقان بعد الرهن لا قبله فالحق باستفادتهما فلا يضمن الا بالتفريط
ويجوز للمعير الرجوع فيها وكذا يجوز بعده قبل القبض ان جعلناه شرطا في اللزوم ثم ان سوغ المالك المرتهن الرهن كيف شاء جاز
رهنه من شاء على اي مقدار شاء بأي اجل شاء وان قيد لم يتعد التقييد وان اطلق الاذن ففي جوازه قولان احدهما الجواز
وتخيره كالوعم علانا الاطلاق وبه قطع في س والثاني المنع لما فيه من الغرر والضرر بكثرة تفاوت الدين والرهن في الاجل وهو اولى
فيذكر قدر الدين وجنسه ووصفه وحلوله او تأجيله وقدر الاجل فان تخطى كان متعديا الا ان يرهن على الاقل فانه يجوز
بطريق اولى **قوله** ولو بيع باكثر من ثمن مثله كان للمالك المطالبة بما بيع به اذا اراد المرتهن استيفاء دينه من الرهن المستعار
فحكمه حكم غيره من جواز بيعه ان كان وكيلا والا استأذن المالك والا الحاكم كما تقدم فاذا باعه على وجه يصح يملك ثمن المثل
صاعدا كما في كل وكيل فان باعه باكثر فللمالك الاكثر لانه ثمن ملكه لان العين باقية على ملكه الى زمان البيع ولا يصح
بيعه بنقصان عن قيمته وعبارة المصنف بثبوت الزيادة عن ثمن المثل اجود من عبارة القواعد لانه يرجع بالاكثر من
القيمة او ما بيع لايهامه امكان بيعه بدون القيمة وهو ممتنع بخلاف الزيادة لامكان اتفاق راغب يزيد عن ثمن المثل بسبب
لولا ظهوره لما وجب تحريرا لكونه على خلاف العادة المعروفة في ثمن مثله وما فرض نقصان الثمن عن القيمة مع صحة البيع
تلك القيمة الشرعية مع كونه قيمة المالية للمال الوقت والمكان عندنا والمعتبر انهما [illegible] ويشكل بان المعتبر في القيمة
ما يبذل في ذلك الوقت لا ما يكون بدله فان كان الذي باع به المرتهن يسوغ البيع به لم يثبت للمالك سواه والا لم يصح البيع
قوله واذا رهن النخل لم يدخل الثمرة وان لم تؤبر ونماء الرهن الموجود حال الرهن متى كانت منفصلة كالولد واللبن او
متصلة لكن تقبل الانفصال كالثمرة والشعر والصوف المستجز لم يدخل في الرهن على المشهور [illegible] دخول الصوف
والشعر على ظهر الحيوان محتجا بانه كالجزء منه وتردد في دخول اللبن في الضرع [illegible] في الامرين ولا فرق في ذلك بين
ثمرة النخل وغيره وانما جعل المصنف ثمرة النخل لانها محل الخلاف [illegible] بدخل في بيع الاصل بخلاف غيرها من الثمار
فانها متى ظهرت لا تدخل في عقد بيع ولما كان ذلك الحكم مختصا بالبيع نبه المصنف عليه هنا ونبه ايضا على خلاف بعض العامة
حيث ادخلها قياسا على البيع كلا للمعلوم الشرط **قوله** وكذا لو رهن الارض لم يدخل الزرع ولا الشجر الى قوله وفيه تردد
منشأه التردد من توهم كون الشجر من حقوق الارض [illegible] ومن ظهور عدمه اذ لا يعد من حقوقها لغة ولا عرفا
الاصح عدم الدخول لما سبق مثله في البيع نعم لو قال بحقوقها ما اشتملت عليه ونحوه دخلت على الظاهر **قوله** وكذا ما ينبت في
الارض بعد رهنها سواء انبته الله تعالى او الراهن [illegible] بعدم دخول النماء المتجدد [illegible]
لا يعد نماء للارض [illegible] وان كان منه من الشجر المرهون فلا اشكال في بقائه على ملك [illegible]
الدخول وهل يتوقف غرسه على اذن المرتهن يحتمله لانه تصرف في الرهن وانتفاع به فيتوقف [illegible] لانه مصلح له وزيادة
في قيمته كالسقي والدواء وقد تقدم نعم لو اضر بالارض فلا ريب في توقفه على اذنه وكذا لو كان الغرس من غير المرهون **قوله**
وهل يجبر الراهن على ازالته قيل لا وقيل نعم [illegible] ان ابقاءه في المحل الرهن تصرف فيه وهو ممنوع

منه كالزرع

منه كالوضع مما تعرض به الدار ووجه العدم اصالة عدمه ومنع ان مثل ذلك يعد تصرفا وقد يفرق بينه وبين المتاع بان وضع المتاع
منه [illegible] بخلاف ما انبته الله تعالى نعم لو كان ذلك بفعل الراهن فاجباره على الازالة اقوى **قوله** ولو رهن لقطة
ما يلقط كالخيار فان كان الحق حالا قبل تجدد الثانية صح وان كان متأخرا لم يلزم منه اختلاط الرهن قبل حلول الوجه انه لا يبطل
لا شك الى الجواز حيث لا يحصل الاشتباه لعدم المانع ووجود المقتضي للجواز ثم اعلم [illegible] الشيخ ره انه لا يصح الرهن لتعذر الاستيفاء
بسبب عدم التمييز وكانه لا يصح بيع المتجدد عند الاجل لجهالته فلا يصح رهنه ويضعف بمنع تعذر الاستيفاء لامكانه بالصلح وكان المعتبر
اجتماع الشرائط المعتبرة وقت الرهن وهي حاصلة وصحة البيع لو سلم شرطيتها فالمعتبر منها ما كان عند انشاء الرهن لانه وقت اجتماع
الشرائط وهي حاصلة ايضا فالاختيار وهو الاقوى عدم البطلان **قوله** واذا جنى المرهون عمدا تعلقت الجناية برقبته وكان حق المجني عليه
اولى [illegible] حق المجني عليه مع ان سببه متأخر عن حق المرتهن ومن شأن السابق التقدم عند التعارض لوجوه الاول ان حق المجني
عليه متعين في الرقبة ومن ثم لو مات الجاني لم يلزم السيد شيء وحق المرتهن يتعلق بالرقبة وبذمة الراهن فلا يفوت حقه لفواتها
ويرجع الثاني ان المرتهن [illegible] والمجني عليه الثاني ان حق المجني عليه يتقدم على حق المالك فلان يتقدم على حق المرتهن اولى الثالث
ان تعلق المرتهن بالرهن اضعف من تعلق المجني عليه ومن ثم كان للمجني عليه الاستيفاء بدون مراجعة المالك بخلاف المرتهن وهذه
الوجوه الثلاثة واردة في جناية العمد والخطأ فيختص الاولين اذا تقرر ذلك فنقول جناية العبد المرهون ان كانت نفسا
اوجبت قصاصا فامر المجني عليه فان اقتص بطل الرهن وكذا ان استرقه وان عفى عنه [illegible] اذ لم يبطل الرهن بالجناية ولم تثبت
عليه الحقوق وان عفى على مال فان بذله السيد بقي رهنا ايضا والا بيع العبد وبطل الرهن وان عاد الى ملك الراهن وان اوجبت قصاصا
في الطرف ونحوه فاقتص منه بقي رهنا ايضا وان اوجبت مالا في بعض صور العمد او في الخطأ فالامر كما قررناه من ان فداه
السيد بقي رهنا وان استرقه او بيع فان فضل منه شيء بقي كذلك والا بطل الرهن ولو كان الواجب دون قيمة العبد ولم تعد ببيع البعض
او انتقصت القيمة بيع الجميع والفاضل من الثمن عن الجناية يكون رهنا كما لو اضطر الى بيع الرهن ولا فرق في ذلك كله بين كون
الجناية من العبد ابتداء او بامر السيد وان كان مكرها لعبدنا وان كان مع الاكراه يجب الحكم حتى يموت نعم لو كان العبد غير مميز
او اعجميا يعتقد وجوب طاعة السيد في جميع اوامره فقد قال في كره ان الجاني هو السيد وعليه القصاص والضمان ولا يتعلق برقبة
العبد شيء بل يبقى رهنا وان كان السيد معسرا **قوله** ولو جنى على مولاه عمدا اقتص منه ولا يخرج عن الرهانة ولو كان نفسا جاز
قتله ولو كان خطأ لم يكن لمولاه عليه شيء جناية العبد على سيده ان كانت عمدا اوجبت قصاصا تخير مولاه او وليه بين
القصاص والعفو فان اقتص وبقي حيا كما لو كانت على طرف بقي رهنا وان اوجبت مالا في العمد على بعض الوجوه او في الخطأ
لم يثبت للمولى شيء لان العبد ماله ولا يثبت له مال على ماله والا لزم تحصيل الحاصل بخلاف القصاص في النفس والطرف لانه شرع للزجر
والانتقام والعبد احق بهما من سيده **قوله** ولو كانت الجناية على مورث المالك ثبت للمالك ما يثبت للمورث من القصاص او
انه لو اذا جنى العبد المرهون على مورث المالك فان كانت في غير النفس فانه يتعلق بالمجني عليه وهو في ذلك كالاجنبي وقد
تقدم حكمه [illegible] المصنف بذلك يجوز لانه جعل الحكم في جميع الاقسام للمالك وان كانت نفسا واوجبت قصاصا فله قتله
لانه لا يخرج عن حكم القسمين السابقين [illegible] وان اختار الاسترقاق او كانت خطأ او كان المورث حيا في القسم الاول قبل
الاستيفاء ثبت للمالك ما كان يثبت لمورثه من الحكم قصاصا ومالا فله فكه من الرهن لاجل المال والفرق بين الجناية على المولى
وعلى مورثه مع ان الحق للمولى في الموضعين ان الواجب في الجناية على المولى ابتداء ويمتنع ان يجب له على ماله كالخراج اما الجناية على مورثه فالحق

فيها ابتداء للمجني عليه وانما ينتقل الحق الى الوارث من المورث وان كان [illegible] في ديته وتنفذ وصاياه
ولا يمتنع ثبوت مال المورث على عبد له لا يمتنع استدامته اليه فيفك من الرهن لذلك ونبه بالفرق على خلاف بعض الشافعية
حيث حكم بسقوط المال بانتقاله الى السيد ويبقى رهنا للوجه الذي [illegible] لو كان المال للسيد ابتداء **قوله** ولو اتلف الراهن [illegible]
الزم قيمته ويكون رهنا وكذا لو اتلفه المرتهن او الاجنبي [illegible] بالمباشرة وهو مقتضى الضمان والحاصل ان الاتلاف للرهن متى كان على
وجه يوجب ضمانه مثلا او قيمته سواء كان المتلف الراهن او المرتهن ام الاجنبي كان العوض رهنا لكن لما كان المرتهن وكيلا في
حفظ الاصل اذ في بيعه بطلت وكالته في العوض لان الرهن والوكالة مع اشتراكهما في التعلق ابتداء بالعين ان الغرض من الرهن
الاستيثاق بالعين ليستوفى الحق من قيمتها فالقيمة لا تخرج من غرض الرهن بخلاف الوكالة فانها اذن منوط بامانة المالك و
الاغراض تختلف كثيرا في حفظ الاموال وبيعها باختلاف الاشخاص فربما استأمنه على عين ولا يستأمنه على قيمتها وربما كان عارفا
ببيع متاع معين لا يعرف غيره وليس يعارض بعده **قوله** ولو رهن عصيرا فصار خمرا بطل الرهن فلو عاد خلا عاد الى ملك الراهن انما
بطل الرهن بذلك بطلانا مراعى [illegible] كذلك وبتلفه فلو عاد خلا عاد الرهن وان كانت عبارة المصنف تؤذن بخلاف ذلك من حيث
البطلان [illegible] قوله عاد الى ملك الراهن فانه يشعر بعدم عوده رهنا كما لو ملك الراهن الرهن بعد انتقاله عن الرهن بوجه من الوجوه في
[illegible] فلو عاد خلا رجع رهنا [illegible] والحاصل انه لا يعنون ببطلان الرهن
[illegible] بالكلية بل ارتفاع حكمه ما دامت الخمرية باقية ويبقى علاقة الرهن لبقاء اولوية المالك على الخمر المتخذة للتخليل فكان
الملك والرهن موجودان فيها بالقوة القريبة لان محله متوقع والزائل المعبر عنه بالبطلان الملك والرهن بالفعل لوجود الخمرية
المنافية ونظير ذلك ان زوجة الكافر اذا اسلمت خرجت بذلك من حكم العقد وحرم وطؤها عليه فاذا اسلم الزوج قبل انقضاء
العدة عاد حكم العقد وكذا لو ارتد احد الزوجين ثم ان كان الرهن مشروطا في عقد كبيع وكانت الخمرية بعد قبضه فلا خيار للمرتهن
لحدوث العيب بيده وان كان قبل القبض فان لم يشترطه فالحكم كذلك [illegible] بعد تمام الرهن وان اشترطنا القبض تخير المرتهن في العقد
المشروط فيه **قوله** ولو رهن مسلم خمرا لم يصح [illegible]
[illegible] لم يصح الرهن لان الخمر لا يملكها المسلم وان اتخذت للتخليل فاذا قبضها
المرتهن وتخللت في يده [illegible] سائر المباحات التي لا يد لاحد عليها [illegible] ووجه التردد في
ذلك ما ذكر ومن ان يد الاول لم تزل [illegible] على الرهن في الجملة [illegible]
الراهن للتخليل [illegible] فالاول اقوى **قوله** وكذا لو جمع خمرا [illegible] فصار في يده خلا [illegible]
[illegible] فيكون ملكا للثاني وربما وجه ملك
الاول بان جمع الثاني لها [illegible] التحليل [illegible]
[illegible]
[illegible]
العائدة [illegible] وليس كذلك لو غصب عصيرا [illegible]
انه لو غصب عصيرا فصار في يد الغاصب خمرا ثم عاد خلا فان الغاصب لا يملكه بل يكون ملكا للمغصوب منه لانه عصيره وهو ملكه لم
يكن ليد الغاصب اثر وان كان قد يتخيل احتمال ملكه من حيث زوال ملك المغصوب منه [illegible] خمرا فصار كالمعدوم فاذا تخللت في يد

الغاصب

الغاصب ملكها باليد الطارية بعد التخليل [illegible] غاصبا [illegible] الغصب [illegible] الخمرية [illegible]
اليد عليها [illegible] التخليل [illegible] وقد كانت [illegible] هذه المسألة حكم [illegible]
تخلل في يد [illegible] ثم يقول وليس كذلك لو غصب عصيرا [illegible] في هذه وايضا فالحكم [illegible]
ليس فيه حكم غصب الخمر [illegible] جميع [illegible] حكم غاصب العصير وان كان في الحقيقة [illegible]
ليس من شكله [illegible] حكم غاصب الخمر ان حكمه غير [illegible] **قوله** ولو رهن بيضة فاحتضنها
[illegible] الملك والرهن باقيين وكذا لو رهن حبا فزرعه [illegible] هذه الاشياء [illegible]
عن سلكه [illegible] التغيير [illegible] مختلفة لتكونات متعاقبة [illegible]
[illegible] ذلك [illegible] التغيرات [illegible]
[illegible] وهو ضعيف جدا [illegible] في باب الغصب [illegible]
[illegible] **قوله** واذا رهن اثنان عبدا بينهما بدين عليهما كانت حصة كل منهما رهنا بدينه فاذا اداه صارت حصته
طلقا [illegible] كل منهما [illegible] الا في دين صاحبه فان ذلك هو مقتضى
العرف [illegible] كل منهما [illegible] حصته على دينه ودين صاحبه [illegible] الا بوفاء الدينين [illegible]
ابي حنيفة حيث حكم بان الاطلاق منصرف الى جعل كل منهما على الدينين فلا ينفك حتى يوفيا معا ويكون حصة كل منهما
[illegible] المستعار للرهن وانما يقع الاشتباه في المسألة لو جعلنا اطلاق الرهن [illegible] على كل جزء من الدين [illegible]
بانفكاكه [illegible] فلا شبهة هنا في الانفكاك وقد تقدم البحث في ذلك **قوله** اذا رهن [illegible]
الشريك [illegible] المرتهن في امساكه [illegible] الحاكم [illegible] لاجل الاستيمان [illegible] فان الحاكم
[illegible] الرهن [illegible] ثم ان كان [illegible] الحاكم [illegible]
[illegible] التمام [illegible] تعلق الرهن
[illegible] **قوله** اذا مات المرتهن انتقل حق الرهانة الى الوارث فان امتنع الراهن من استيمانه كان له
[illegible] ان الرهن لا يبطل بموت كل منهما لانه لازم من جهة الراهن وحق المرتهن [illegible] الوكالة [illegible]
وان كانت مشروطة في عقد [illegible] الاسباب [illegible]
الحاكم [illegible] **قوله** اذا فرط في الرهن لزمه قيمته يوم قبضه وقيل يوم هلاكه وقيل اعلى القيم [illegible] حكم
باعتبار قيمته يوم قبضه [illegible] القبض [illegible]
اعتبار المثل يوم [illegible] القيمة [illegible]
في العين [illegible] العين [illegible]
[illegible] اعلى القيم [illegible] التلف كالغاصب [illegible] والقول باعلى القيم [illegible]
ما ذكرناه [illegible] وهو قول ابن الجنيد [illegible]
الى يوم التلف مساواة للغاصب [illegible] الشيخ [illegible]
[illegible] في ضمان القيمي [illegible]

٦٧

فاذا الحكم بعدم لم يكن الحكم بترجيحها فيمكن دفعه بوجه آخر وهو ان صحة العقد غير معلومة لقيام الاحتمال المذكور وصحة الرهن معلومة
لوقوعها سابقا جامعة للشرائط وانما حصل الشك في طرو المبطل فترجح لانها اقوى من هذه الجهة فان قيل ان الاصل ان كان
عدم صدور البيع على الوجه الذي يوجب الراهن الا ان الناقل عنه قد حصل بصدور البيع جامعا للشرائط وليس ثم ما يحتمل
صحة الكون الوجه قبله ويكفي فيه عدم العلم بوقوعه كذلك الا استنادا الى اصالة بقاء الاذن السابق لان المانع لا بد له من
العلم بانتفائه بل يكفي عدم العلم بوقوعه والا لم يكن التمسك بشيء من العلل الشرعية او لا قطع بانتفاء الموانع فينبغي
حكم كل من الاصلين السابقين قلنا كلا لان وقوع البيع جامعا للشرائط الشرعية لان من جملة شرائطه اذن المرتهن وحصول

وقبول الوصية فيليك بذلك وان منع من التصرف فيه بيع وكان على الضمان ينبئه على ذلك قوله فلو تصرف كان باطلا

تصرف فيما يمنع من التصرف فيه والبطلان الذي حكم به يمكن ان يريد به حقيقته بمعنى بطلان التصرف من راس

شرعا فيكون عبارته مسلوبة كعبارة الصبي فلا يصح وان لحقته الاجازة وهذا هو ... فان معنى ... الحاكم

عليه منعه من التصرفات ومعناه ... مع عدم نفوذه

يتوقف على شي على وجه الجان فلا ... الغرماء ... وهو الوجه الثاني في المسألة

[illegible]

وان يفسخها البايع الا بعد الفسخ كما ذكره في ذلك التعليل ينبغي ان لا يكون له الا الرضا اما بالعيب لانه لم يجب سواه وعلى ما قررناه من
ان الفسخ يوجب رجوع كل من المتعاوضين الى ماله او بدله فالاشكال اسنف واحترزنا بكون الارش الرجوع على نسبة نقصان
القيمة عما ضمنه الجاني فانه لا يعتبر ان ضمانه في الارش الجناية قد يكون بتقدير شرعي بحيث يكون بقدر قيمة المجني عليه فيلزم الرجوع
بالعوض والمعوض وكذا لو كان العبد المساوي مائتين مثلا وقد اشتراه بمائة فجنى عليه الجاني بقطع يده فان ارشها نصف القيمة و
هو مائة فلا يرجع البايع بها على العبد لئلا يجمع بينهما بل الارش الذي يرجع به جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة نقصان القيمة اليها الا
ان هذا هو قاعدة الارش ولما كان ارش الجناية خارج بامر شرعي يستحقه مالك العين حين الجناية وان كان بفوات الجزء بجناية البايع فهو كا
لانه جنى على ما ليس بماله فكان ضمانه وهذا القسم داخل مع الاجنبي في قول المصنف رحمه الله تعالى ارشه وان كان بجناية المشتري فقد
قطع كما ... الفوات من قبل الله لما سبق من التعليل وعلى ما اخترناه لا فرق ويحتمل ان يكون جنايته كجناية الاجنبي لان
المشتري نقص واستيفاء ... بالمبيع العرض ... جملة احكام الاقسام **قوله** ولو حصل منه نماء منفصل كالولد و
الولد كان النماء للمشتري وكان له اخذ الاصل بالثمن ... وفاقا لبعض العامة ولانه انفصل في ملك المفلس فلم يكن
للبايع الرجوع فيه لانه ليس عين ماله ولا فرق في الولد بين الحمل والمنفصل ولا في اللبن بين المحلوب وغيره ومثله الثمرة المؤبرة وان لم
يقطع **قوله** وكان النماء متصلا كالسمن او الطول فاز ذلك فيتخير قيل له اخذه لان هذا النماء يتبع الاصل وغير ذلك
القول للشيخ رحمه الله وجماعة منهم العلامة في القواعد محتجين بان هذه الزيادة محض صفة وليست من فعل المفلس فلا يعد مالا له ولا
يصدق انه وجد عين ماله فيرجع به ... ما ذكر من كون الزيادة ملكا للمفلس وان لم يكن بفعله ... وان الرجوع
في العين على خلاف الاصل فيقتصر فيه على ما لا يستلزم فوات مال المفلس لانه انما بقيت عين ماله بل هي مع شيء اخر وربما اشكل الفرق
بين الزيادة هنا وفي زمن الخيار بحيث يرجع ذو الخيار بالعين مع هذه الزيادة والفرق بان الخيار ثابت باصل العقد بخلاف ما هنا
فانه طار بالحجر لا بدفع ... ان الفسخ من حينه ... في ملك المشتري وذهب جماعة منهم العلامة في التحرير وابن الجنيد الى
ان الزيادة للمفلس فان رجع البايع في العين يكون شريكا للمفلس بمقدار الزيادة وفي كره استقرب عدم جواز الرجوع في العين مطلق
وان ... لو مع ... الزيادة لانه ... العين ذلك ... فان ... لاخذه لاماد ... العين مع الزيادة
المتصلة فهنا اولى ومع تنقيح الاقوال تكثر وكلها للعلامة وقول المصنف رحمه الله قيل له اخذه يحتمل كون الاخذ مجانا وهو الظاهر ويكون اشارة
الى قول الشيخ ويحتمل كونه المراد مع ردة الزيادة فيكون اشارة الى قول ابن الجنيد والظاهر ... الاول **قوله** وكذا لو باعه نخلا ... ثمرتها
قبل بلوغها وبلغت بعد التفليس ان كانت الزيادة في الثمرة المذكورة في نفس العين فالحكم كما سلف بل هي فرد من افراد تلك المسألة
وهذا هو الذي يقتضيه حال الثمرة قبل البلوغ وبعده وان كانت الزيادة في القيمة خاصة مع بقاء الثمرة على قدرها في الحالين ... بها
وجهان من كون الزيادة القيمية حصلت في ملك المفلس فلا يؤخذ منه مجانا ومن بقاء عين مال البايع من غير تغير فيدخل في عموم
الخبر واستقرب في كره عدم جواز الرجوع في العين مطلقا متى زادت قيمتها بالزيادة السوقية ... اشتراها المفلس بعشرة ... المثل
قوله اما لو اشترى حبا فزرعه او حصدا او بيضة فاحضنها وصار فرخا او زرعا لم يكن له اخذه لانه ليس عين ماله ... اشار بالتعليل الى
الخبر الدال على الرجوع يقتضي اعتبار كون عين المال قائمة ... فلا رجوع في الحب المزروع والبيضة لان الموجود الان ليس عين المال وان كان
اصله من ماله وبهذا فارق الغاصب لان التغير في الغصب كان في ملك المغصوب منه وكان الموجود له كيف كان ومثله القول في ذرع ... الموهوب
للحب المرهون وبالجملة فالمرجع هنا الى وجود العين لا الى بقاء الملك وكذا القول في العصير اذا صار خمرا في يد المشتري ثم تخلل ولو قلنا

بالنخ من الورق في مسألة الزيادة المتصلة فهنا اولى **قوله** ولو باعه نخلا حائلا فاطلع واخذ النخل قبل تأبيره لم يتبعها الطلع
لان الطلع ثمرة متجددة في حكم المنفصلة فلا تتبع وانما تتبعت في البيع بنص خاص فلا يتعدى وتنبه بذلك على خلاف الشيخ رحمه الله
حيث حكم بجواز اخذ النخل مع الطلع وهو احد قولي الشافعي الا انه قاسه على البيع والشيخ لا يقول بالقياس ولو كانت قد ابرت فلا
خلاف في عدم التبعية لانها حينئذ نماء حصل للمشتري على ملكه فلا يزول ولا يتصور تبعيته بحيث وكذا القول في باقي الثمار بعد الظهور
وانما حصل ثمرة النخل قبل التأبير للتنبيه المذكور وحيث يكون الثمرة للمشتري واخذ البايع النخل يجب عليه ابقاؤها الى اوان قطعها عادة
بغير اجرة **قوله** وكذا لو باعه امة حاملا فولدت ثم فلس واخذها البايع لم يتبعها الولد القول في الحمل كالقول في الثمرة بخلاف فيه الشيخ
ايضا فجعل الحمل كالجزء من الام وحكم بان بيع الحامل تستتبع الحمل لذلك فيلزمه مثله هنا لان مذهبه ان الزيادة المتصلة لا تمنع اخذ
البايع بها فيكون هنا كذلك ولكنه لم يصرح به الا ان مقدماته تستلزمه وحيث حكم بكون الحمل للمشتري يجب على البايع ابقاؤه الى
الوضع بغير اجرة ويكون لعتبار شرب اللبن ايضا وقد ذكروه في نظائره محتجين بان الولد لا يعيش بدونه **قوله** ولو باع شقصا
وافلس المشتري كان للشريك المطالبة بالشفعة الى قوله في الشفعة قد اشتملت هذه المسألة على حكمين احدهما تقديم حق الشفيع على
البايع ووجهه رحمه الله سبق من حقه لان الشفيع يتعلق بالعين بالبيع وحق البايع انما تعلق بها بالحجر وهو متاخر عن البيع ولان
حق الشفيع لاحق البيع لذاته وحق البايع لاحق له بواسطة الحجر وما بالذات اولى مما بالعرض فلان حقه اقوى لانه يبطل تصرف المشتري ومن
نقله اليه وان تعدد ويبطل جميع العقود والبيع انما يتعلق بالعين ما دامت باقية على ملك المشتري ولانه يأخذها وان زادت زيادة
البايع لا يأخذها مع الزيادة على ما تقدم والثاني ان الثمن لا يختص به البايع بل يكون فيه اسوة الغرماء وذلك لانه انما يثبت للمشتري
بالاخذ بالشفعة وفي تلك الحال يكون مالا للمشتري فيساوي فيه الغرماء ولا يتقدم به البايع لانه ليس عين ماله بل عوض
وهو لا يتقدم بالعوض وللمصنف اقتصر على الحكمين طارحا ما عداهما من وجه الاعتبار لضعفه وقد حكى الشيخ رحمه الله وجهين
اخرين وكذلك العلامة وهما قولان للشافعي احدهما ان البايع تقدم على الشفيع فيفسخ ويأخذ العين لعموم الخبر الدال
على اختصاص البايع بعين ماله ولان الشفعة شرعت لدفع الضرر بالشركة التي يحدثها المشتري والضرر هنا يزول
الشفيع لان البايع اذا رجع في الشقص عاد الامر كما كان قبل البيع ولم يتجدد شركة غيره وهو ضعيف يمنع شمول الخبر للمتنازع لسبق
حق الشفيع سلمنا لكن تعارض عمومه بتقديم الاسبق ومراعاة دفع الضرر في الشفعة غير لازمة وان كان اصل الحكمة فيها ذلك بل
هي ثابتة بالنص والاجماع فلا بد فيها لهذه الاعتبارات الوهمية وثانيها تقديم الشفيع بالعين والبايع بالثمن على ساير
الغرماء حيث تعذر اخذه للعين وحيث انه عوض ماله الذي قد وجده في حال الحجر بعينه وقد كان حقه التقدم به لولا معارض
مانع سابق فرجع الى بدله جمعا بين الحقين ويضعف بان الخبر افاد حكم اخذ العين والاثم يتعين في الثمن لعدم تناول
الخبر له بل هو من جملة اموال المفلس وللشيخ رحمه الله في هذه المسألة قول اخر على الاصل السابق وهو انه مع الوفاء يكون البايع
بالثمن وان لم يكن له وفاء كان اسوة الغرماء اختاره في المبسوط وهو ضعيف الماخذ لكنه غير مخالف في فائدة الحكم لانه مع الوفاء
ما يدين الغرماء يفضل له الثمن المذكور لانه يختص الفضل به **قوله** ولو فلس المستاجر فسخ الموجر الاجارة ولا يجب عليه امضاؤها
ولو بذل الغرماء الاجرة اذا افلس المستاجر ولم يكن قد دفع الاجرة جاز للموجر الفسخ واخذ العين المؤجرة تنزيلا للمنافع منزلة
الاعيان ولانه يدخل في عموم الخبر لانه قد وجد عين ماله ولا يلزمه امضاء الاجارة والضرب مع الغرماء بالاجرة وتفصيل
المسألة ان الحجر عليه لا يخلو اما ان يكون قبل مضي شيء من المدة او بعده وعلى الثاني اما ان يكون العين المؤجرة فارغة من حق المفلس كالدار

او مشغولة كالارض بزرعها او بغرسها والذي قد جاء عليها ... المسافة ثم اما ان يكون الاجارة واردة على عين او في ذمة فان كان
الحجر قبل مضي شيء من المدة يقتضي تقسيط الاجرة عليه فان فسخ الموجر اخذ العين وسقطت الاجرة وان اختار امضاء الاجارة ضرب مع
الغرماء بالاجرة واجر الحاكم العين على المفلس كما يوجر ايضا اموال التي لا يمكن بيعها وصرف الاجرة الى الغرماء هذا ان كانت معينة ولو كانت في
الذمة واختار الموجر الامضاء امر الحاكم بتعيين ما يوجرها وان كان بعد مضي شيء من المدة له قسط من الاجرة فان كانت فارغة وفسخ الموجر
ضرب مع الغرماء بقسط المدة الماضية من الاجرة المسماة كما لو باع عبدين فتلف احدهما ففسخ في الباقي وان اختار الامضاء ضارب بجميع
الاجرة وان كانت مشغولة فان كان بزرع ... واختار الفسخ فله المطالبة بالحصاد وتفريغ الارض وان كان ... فان اتفق
مع الغرماء على قطعه قصيلا قطع وكان كما سبق وان اتفقوا على التبقية فلهم ذلك مع بذل اجرة المثل لبقية المدة مقدمة على الغرماء
او غير معطلة الزرع الذي هو حقهم كاجرة الكيال والوزان وان كان دابة تحمل متاع المفلس بالاجرة المثل لنقل ذلك الحمل من مكانه تقدمها
على الغرماء ... الحاكم مع امكانه والا وضعه على يد عدل وكذا لو كانت الاجرة لركوب المفلس وحصل الفسخ في اثناء
المسافة فانه ينقل المتاع باجرة مقدمة دفعا للضرر ... الذي هو ... من حفظ ماله ولا فرق في هذه المواضع بين كون مورد
الاجارة العين او الذمة لتحقق التعيين **قوله** ولو اشترى ارضا فغرس المشتري فيها او بنى ثم فلس كان صاحب الارض احق بها وليس
له ازالة الغروس ولا الابنية وهل له ذلك مع بذل الارش قيل نعم والوجه المنع انما كان له الرجوع في الارض مع تغيرها بالغرس لانها
عين ماله وهي متميزة عن مال المفلس لا يستلزم الرجوع فيها اخذ مال المفلس ولا ضرر عليه لانه يبقى فيها الى ان تعين بغير اجرة فيدخل
في عموم الخبر وانما لم يكن له الازالة لانهما وضعا بحق في زمن ملكه فيكون محترما ولا يجوز ازالتها ولا مع الارش على الاقوى والقول
بجواز الازالة مع الارش للشيخ في المبسوط وربما استدل له بظاهر الخبر حيث ان المتبادر من الرجوع في العين استحقاق منافعها ... المحجوز
ووضع الغرس حين مع ... بقلعه بالارش وعلى هذا ينبغي ان يجوز ابقاؤه باجرة لانهما لان ذلك مقتضى التعليل ولكن
لم يذكر احد استحقاق الاجرة ولو ابقاها نعم هو وجه لبعض الشافعية والفرق بين هذه وبين العين المؤجرة اذا فسخ فيها الموجر
وقد اشتغلت بغرس المستاجر حيث انه يستحق الاجرة فيها كما تقدم دون هذه ان المعقود عليه في البيع الرقبة وانما يحصل له بالفسخ ولم
ياخذ الاجرة وفي الاجارة المعقود عليه هو المنفعة فاذا فسخ العقد فيها واستوفاها المستاجر بغير عوض جاز الفسخ عن الفايدة ولم
يعد البيع حقه فلم يستغد بالفسخ شيئا لمجرد المنفعة حيث لم يتمكن من استيفائها الا بالاجرة واستيفاء المشتري دخل بطلان ... معنى
المنفعة فلم يثبت عليه اجرة كما لو باع اصولا ... ثمرته ... المستاجر فان متعلق حقه هو المنفعة فيجب عليه الاجرة وفي حكم الغرس
البناء اما الزرع فيجب على البايع ابقاؤه الى اوانه بغير اجرة لو فسخ في الارض قولا واحدا والفرق ان للزرع امدا قريبا ينتظر فلا
العين معه كما لو تالفة فينتظر بخلاف الغرس والبناء وعلى القول بجواز قلع الغرس وازالة البناء بالارش طريق تقديره ان يقوم
الغرس قائما الى ان يعين بغير اجرة والبناء ثابتا كذلك ومقلوعا فالارش هو التفاوت **قوله** ثم يباعان ويكون له ما قابل الارض
فان امتنع الى قوله والابنية منفردة هذا تفريع على عدم استحقاق البايع ازالتهما الا بالارش فالطريق الى وصوله الى حقه ان
يباع الارض بما فيها من البناء والغرس فله من الثمن ما قابل الارض وطريقه ... ان يقوما معا ثم يقوم الارض مشغولة بهما لمنعها
مجانا ويقيمها كذلك الى ... المجموع ويحفظ من الثمن بطا بنسبة ذلك والباقي للمفلس هذا ان رغب البايع ببيع الارض والا لم
يجبر عليه بل يباع مال المفلس ... الارض الغير ... البقاء الى ان تفنى مجانا وان استلزم ذلك نقصانا
في قيمته لو ضم الى الارض واخذ للارض ... فان ذلك حق المفلس ... حيث يباع منفردا ... حكم ... ان

واستثنى نجومه في جواز دخول ما ملكه اليها وسقيها الى اخر ما ذكر من احكامها وقد تقدمت في البيع **قوله** ولو اشترى زيتا فخلطه بمثله
لم يبطل حق البايع من العين وكذا لو خلطه بدونه لانه رضي بدون حقه وان خلطه بما هو اجود قيل يبطل حقه من العين وتعين
بالقيمة مع الغرماء ... انما لم يبطل حق البايع بمزج المبيع لوجود عين ماله في حالة المزج غاية ما فيه انه غير متميزة وذلك لا يستلزم عدمها
لا واسطة بين الموجود والمعدوم ويمكن التوصل الى حقه بالقسمة لان الزيت كله سواء فيأخذ حقه بالكيل او الوزن هذا اذا
خلطه بمثله او دونه اما لو خلطه باجود فالاقوى انه كذلك لعين ما تقدم فان العين موجودة ايضا قطعا غاية ما هنالك انه تعذر
تمييزها لكن يمكن التوصل الى قيمتها بان يباعا ويكون له بنسبة ما يخصه من القسمة وهو مختار العلامة في المختلف والتحرير فعلى هذا لو
كانت قيمة زيته درهما والممزوج به درهمين بيعا واخذ ثلث الثمن ويحتمل ان يكون له ذلك في الخلط بالاردى ايضا لان حقه والحال
ان العين باقية وقد تعذر التوصل اليها فيعدل الى القيمة واختاره في الدروس والقول ببطلان حقه لو مزجه بالاجود للشيخ تبعه جماعة
في كره وعد مصير العلامة في المسألة ثلاثة اقوال ووجه هذا القول ان العين في حكم التالفة من طرق المشاهدة والحكم اما الاول
فلانه ... واما الثاني فلانه لا يمكنه الرجوع الى عينه بالقسمة ولاخذ المقدار من الممزوج لاختلاط الاجود وهو ضعيف لان العين موجودة
ويمكن التوصل الى الحق بالقيمة ولو ترتيل لهذا الاختلاط في ذهاب العين لزم مثله في القسمين الاخرين وحكى الشيخ رحمه الله في قسم الاجود
قولا ثالثا وهو ان يدفع الى البايع من عين الزيت بنسبة قيمة ما يخصه فاذا خلط جرة تساوي دينارا بجرة تساوي دينارين ظل البايع
قيمة ثلث الجميع فيعطى بثلث الزيت وهو ثلثا جرة ثم غلطه بما يستلزم الربا وهو مبني على القول بتبعيته في كل معاوضة ولو خلطها
بالمبيع لم يكن القول بعيدا **قوله** ولو نسج الغزل او قصر الثوب او خبز الدقيق لم يبطل حق البايع من العين وكان المفلس شريكا بالعمل
اعلم ان الزيادة اللاحقة للمبيع لا تخلو اما ان يكون من نفسه او من خارج والاولى اما متصلة محضا كالسمن او منفصلة محضا كالولد او
متصلة من وجه دون اخر كالحمل وقد تقدم حكم الثلثة والزيادة الخارجية اما ان يكون عينا محضة كالغرس او صفة محضة كنسج الغزل و
غرس الثوب او صفة من وجه وعينا من اخر كصبغ الثوب وقد تقدم حكم القسم الاول وبقي الاخيران وهذه المسألة حكم الثاني والثالث
بعدها والاصل اذا تقرر ذلك فنقول اذا اشترى عينا وعمل فيها عملا يزيد في صفتها لا في ذاتها كان يطحن الحنطة او يخبز الدقيق او
يقصر الثوب او يخيطه بخيوط منه او ينسج الغزل او يشق الخشب الواحا او يعملها بابا او نحو ذلك لم يسقط حق رجوعه بالعين عندنا لانه
العين لم تخرج عن حقيقتها بتوارد هذه الصفات عليها فكان واجد العين ماله ثم ان لم يزد قيمة المبيع بهذه الصفات فلا شيء للمفلس سواء
غرم المفلس عليه شيئا ام لا وان نقصت قيمته فلا شيء للبايع معه لو اختار اخذ العين وان زادت القيمة بسببها صار المفلس شريكا فيها
كزيادة في العين فيباع العين ويكون للمفلس من الثمن بنسبة ما زاد فلو كانت قيمة الثوب خاما ومقصورا ... كان للمفلس سدس
الثمن هذا هو الذي قطع به المصنف وهو احد القولين في المسألة والقول الاخر ان العين تسلم الى البايع مجانا الحاقا لهذه الزيادة بالمتصلة
كالسمن غير ... على حكم المتصلة وقد تقدم الخلاف فيها ومن حكم هناك بان الزيادة للمشتري حكم هنا بطريق اولى ومن حكم بكونها
للبايع يمكن ان يحكم بان هذه للمشتري لان هذه من فعله وهي في حكم تخالف السمن والكبر فانهما من فعل الله وان كان بسببها نوع فعل
المكلف كالعلف والسقي ومن ثم يتخلف السمن عنهما في بعض الاحيان وربما يحصل بدونهما في الاخر وعلى تقدير استناده اليهما فالفاعل هو الله
تعالى بخلاف طحن الحنطة وخبز الدقيق ونحوهما ومن ثم جاز الاستيجار عليه ولم يجز الاستيجار على التسمين ونحوه كما لا يخفى والاقوى في الموضعين
ان الزيادة للمفلس ومن ثم فالمعتبر بالقيمة مع الزيادة حين الرجوع **قوله** ولو صبغ الثوب كان شريكا للبايع بقيمة الصبغ ان لم ينقص قيمة الثوب به
هذا مثال لما لو كانت الزيادة عينا من وجه وصفة من اخر فان الصبغ عين تفرقت اجزاؤه على الثوب وصفة من اللون الحاصل فاما ان يزيد

الثوب في الصفقة بعد دقيقة الصبغ او اقل او اكثر ولا يريد شيئا او ينقص فهي الاولى ايكونان شريكين بنسبة المالين كما لو كانت قيمة الثوب
مائة والصبغ عشرين وساوى بعد الصبغ مائة وعشرين فللمفلس سدس الثمن والقسمة على الاعيان ولا يتحقق للصبغة حكم الانفراد بالزيادة
بينهما وفي الثاني يكون للبايع بعد دقيقة الثوب والنقص على المفلس لان الصبغ يتفرق اجزاؤه في الثوب ويهلك والثوب قائم بحاله

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

ظهور المال عليه مناقض للحاصل الذي مع ايفاء المديون دينه وظهور المال بيد الحاكم بالوفاء فان امتنع منه تخير بين حبسه [illegible] الى ان
يوفيه وبين ان يوفي بنفسه فان كان ماله من جنس الحق صرفه وان كان مخالفا باعه [illegible]
بان يبقى [illegible] قوله فان وجد البينة [illegible]

[illegible]

75

[illegible]

[illegible]

76

[illegible]

لا ينقص منها شيء لأن الصبي إذا فعل ما يوجب الحد على غيره إنما يؤدب إلا البالغ الحد ولنا رواية أخرى أن الأحكام تجري على الصبيان في
ثلاث عشرة سنة وأربع عشرة سنة وإن لم يحتلم وليس فيها تصريح بالبلوغ مع عدم صحة سندها وهذه الرواية قد عملها المص
في النافع ثم عقبها بقوله وفي أخرى إذا بلغ عشرا وهنا عبر بالأخرى من غير سبق رواية وليس بجيد والخنثى فلا نص فيها
بالخصوص لكن لما كان الحكم معلقا بالبلوغ يقتضي استصحاب الحال السابق إلى أن يعلم المزيل وهو بلوغ الخمس عشرة اسلم من الحجر
قبله أمر كما سيأتي **قوله** والأنثى بتسع هذا هو المشهور وعليه العمل وقد تقدم أنه يحصل بعشرة سنين وذهب ابن الجنيد
[illegible] من كلامه إلى أن الحجر لا يرتفع عنها إلا بالتزويج وحملها أو أن يطعن في الأسنان على حال وذهب إليه في المرأة وعلى أن بلوغها
بالسن لا يكون دون خمس عشرة سنة وإنما احتجوا بأخبار لم **قوله** أما الحمل والحيض فليسا بلوغا في حق النساء بل يكونان دليلا على
سبق البلوغ لا خلاف في كونهما دليلين على سبق البلوغ ولا خلاف في عدم كونهما بلوغا بأنفسهما أما الحيض فقد علق الشارع
أحكام المكلف عليه في عدة أخبار كقوله لا تقبل صلاة الحائض إلا بخمار ومعناه إذا بلغت الحيض لا يصلح أن يرى منها إلا هذا
وأشار إلى الوجه والكفين وأما الحمل فهو مسبوق بالإنزال لأن الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل وماء المرأة كما نبه عليه تعالى من
نطفة أمشاج أي مختلطة ماء الرجل بماء المرأة فهو دليل على سبق البلوغ الآن الولد لا يتيقن إلا بالوضع فإذا وضعت حكمنا
بالبلوغ قبل الوضع لستة أشهر وشيء أو ولدته تاما لكن لا فرق بين كونه ولدته تاما وعدمه إذا علم أنه آدمي أو مبدأ نشوء
كالعلقة أو المضغة والقول للنصوص المص بل قد يكونان دليلا ليس لتردده في دلالتهما لأنها إجماعية وإنما أتى بقد التقليلية لأن
مسبوق أن ما البلوغ [illegible] من العلامات المختصة بالسن عند ذلك لم يعلم البلوغ بحيث يتوقف عليه أما دون ما سبق التقليل وإنكر
أن يكون التقليل في الحيض إشارة إلى ما قاله [illegible] من الأصحاب حكموا في باب الحيض بأن الدم الحاصل قبل التسع لا
يكون حيضا وإن كان بصفته وإنما يعتبر في الحكم به ما كان بعدها وإذا كان كذلك فينتفي فائدة ولا لمنه لأنه قبلها لا اعتبار به
وبعدها لا يفتقر إليه ويمكن أن يقال يظهر فائدته في المجهول سنها فإذا رأت ما هو بصفته جامعا الشرائط في القلة والكثرة
حكم بكونه حيضا ويكون دليلا على سبق البلوغ لأن هذا الحكم بكونه قبل التسع مع [illegible] الغالب على [illegible]
الأربع التسع سنين ويتبادر له ولالة النصوص على كون الحيض موجبا للأحكام لأنه حيض [illegible] فيعتبر مناسبة [illegible]
هنا ومعنى دلالتهما على سبقه أنهما إذا وقعا حكم ببلوغ المرأة قبلهما فلو وقعت عقدا قبلهما بلا فصل حكم بالصحة **قوله** والخنثى
المشكل إذا خرج منيه من الفرجين حكم ببلوغه وإن خرج من أحدهما لم يحكم ولو حاض من فرج الإناث وأمنى من فرج الذكر حكم ببلوغه
لما كان الخنثى المشكل محتملا للذكورية والأنوثية وإنما اشتبه حكمه في الإلحاق بأحدهما فمتى حصل له وصف من أوصاف البلوغ
متحقق فيهما أما الاشتراك فيهما كالإنبات ولا لحاق الآخر بطرفي أو لي كبلوغه خمس عشرة أو لكونه جامعا الوصفين على التقدير بأن كان
لو أمنى من الفرجين فيحكم ببلوغه لأنه إن كان ذكرا فقد أمنى من فرجه المعتاد وإن كان أنثى فكذلك ومثله ما لو أمنى من فرج الذكر بعد
مضي تسع وكان الحيض آتيا من الذكر لأنه إن كان أنثى فقد بلغ بالسن وإن كان ذكرا فقد أمنى في وقت إمكانه أما لو أمنى من أحدهما
خاصة فحكمه بلوغه لجواز كون ذلك الفرج زائدا فلا يكون معتادا ومثله لو حاض من فرج النساء خاصة هذا
حاصل ما اختاره أكثر العلماء ولبعض العامة قول بأن ذلك كاف في البلوغ لأن خروج المني من فرج الذكر يحكم بكونه ذكرا كما يحكم
بأن خروج البول منه خاصة وكذا القول في المضي المني من فرج الأنثى ولا وجه لخروج مني الرجل من المرأة والحيض من الرجل مستحيل
فكان دليلا على التعيين ومتى ثبت التعيين كان دليلا على البلوغ ولأن خروجهما معا دليل على البلوغ فخروج أحدهما دليل الآخر

٧٧
خروجهما أفضى إلى تعارضهما أسقط دلالتهما ولا يبعد ولو تحقق حينئذ صحيح في رجل ونحوه ذكره الناس من هذا القول وهو في محله
نعم لو كان ذلك معتادا أو قريب الاعتياد والحيض من فرج الإناث وأمناؤه من فرج الذكور دلالته على البلوغ وتحيز لأنه إنما
ذكر فقد أمنى وإما أنثى فقد حاضت والعامة قوي العدم ثبوت البلوغ بذلك لتعارض الخارجين وإسقاط كل واحد منهما الآخر
لحق الأحكم بطال الحاصل بالذكورة ولا بالأنوثة فيبطل ولا أنهما كالبينتين إذا تعارضتا وهو ضعيف في المسألة وذكره الأول
دلالتهما على البلوغ وهو كذلك **قوله** الرشد وهو أن يكون مصلحا لماله في ليطلق الإصلاح موجبا الرشد بل الحق أن
الرشد ملكة نفسانية تقتضي إصلاح المال وتمنع من إفساده وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء واحترز
بالملكة عن مطلق الكيفية فإنها ليست كافية بل لا بد فيها من أن تصير ملكة يعسر زوالها وباقتضائها إصلاح المال عما لو كان
غير مصلح له ولكن لا رغبة له في إصلاحه على الوجه المعتبر عند العقلاء فإن ذلك غير كاف في تحقق الرشد ومن ثم تحقق باشتغاله
بالأعمال اللائقة بحاله كاسبا وتمنع عن إفساده ما لو كان لملكة الإصلاح والعمل بجمع المال ولكن ينفقه في غير المنتفي
الوجه اللائق بحاله فإنه لا يكون رشيدا أيضا **قوله** وهل يعتبر العدالة فيه تردد اعتبرها الشيخ في تحقق الرشد لصلاح المال
والعمل [illegible] لو كان مصلحا لماله غير عدل في دينه أو بالعكس لم يرتفع عنه الحجر وهو مذهب جماعة من العامة منهم الشافعي واحتجوا
على ذلك بقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم وقد روي أن شارب الخمر سفيه فيثبت في غيره أولا قائل بالفصل وروي
عن ابن عباس في قوله تعالى فإن آنستم منهم رشدا هو أن يبلغ ذا وقار وحلم وعقل وأكثر أهل العلم على عدم اعتبارها لأن الكفار
ما جعلهم المال على الوجه الذي ذكرناه لأن المفهوم من الرشد عرفا ذلك وهو المعتبر حيث لا حد شرعا ولأن الرشد نكرة مثبتة فلا
تفيد العموم بل إنما يصلح لما يصدق عليه بصورة ما ولا ريب في ثبوته لمصلح ماله وإن كان فاسقا ولأن الكافر لا يحجر عليه
لكفره فالفاسق أولى وإنما يعتبر على القول بها في الابتداء لا في الاستدامة فلو عرض الفسق بعد العدالة قال الشيخ الأقرب
أن يحجر عليه ولم يجعله لازما بل جعله أقرب أيضا لو كانت شرطا في الابتداء لاعتبرت بعده لأن وجه المنفي ولعلمه أنه لو
اعتبرت العدالة في الرشد لم يقم للمسلمين سوق ولم ينتظم للعالم حال لأن الناس إلا النادر منهم إما فاسق أو مجهول الحال والمجهول
بالشرط يقتضي الجهل بالمشروط **قوله** وكذا لو لم يحصل الرشد ولو طعن في السن فهذا عندنا موضع وفاق نبه به على خلاف
بعض العامة حيث زعم أنه متى بلغ خمسا وعشرين سنة فك عنه الحجر ودفع إليه ماله وإن كان سفيها **قوله** ويعلم رشده باختباره
بما يلائمه من التصرفات ليعلم قبوله للانخداع من عدمه قال تعالى وابتلوا اليتامى وكذا الجنس الصبية ورشدها أن يحفظ من التبذير لما كان الرشد ملكة تقتضي إصلاح المال على
الوجه المتقدم فلا بد من اختباره بالابتلاء قبل فك الحجر عنه ذكرا كان أو أنثى ليعلم اتصافه بالملكة المذكورة وإنما يتحقق ذلك بتكرر
الفعل منه على وجه يصير ملكة له وكيفية الاختبار أن ينظر فيما يليق به من التصرفات والأعمال فإن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع
والشراء لا بمعنى أن يبيع ويشتري بل ما يكون في الأموال على هذا الوجه أو يدفع إليه الشيء ليبيعه ويراعى إلى أن يتم المساومة ثم
يتولاه الولي ونحو ذلك وشيئا الكلام فيه فإذا تكرر منه ذلك وسلم من الغبن والتضييع ولم [illegible] شيء من المال وصرفه في غير
وجهه فهو رشيد وإن كان من أولاد الأكابر الذين يصانون عن مباشرة البيع والشراء فاختباره بما يناسب حال أهله إما بأن يسلم
عليه نفقة مدة معينة لينفقها في مصالحه أو بتسليمها إليه بأن ينفق في الحاصل عليهم وعلى ونحو ذلك وإن كان أنثى اختبرت فيما يختص
الأنثى وكان وضعها لم يكن لذلك بل إنما اختبرت بما يتم عادة أمثالها من الأعمال كالغزل والخياطة وشراء آلاته المعتادة لأمثالها
بغير غبن وحفظ ما يحصل في يدها من ذلك وحفظ ما في يدها من أثاث البيت وأسبابه ووضعه على وجهه وصون أطعمة البيت التي

٧٨
تتولى النفقة لا يمكن جعله لها وسيلة إلى تضييع المال لأن وللذين مقتضيات السفه وأما إقراره بما يوجب القصاص فإن إتلاف ذات
النفس أمر لا إله ملتف غافل ولا حاكم فيه ولا أن كان في نفس وطلب المقر القصاص أما لو طلب المال فهي لحاجته إليه فنظر من وجوب
حفظ النفس التي هي أولى من حفظ المال ولأن من إليه فوت للغرض من الحجر لإمكان أن يتواطأ مع المقر له على ذلك ليفوت المال والأقوى
وجوب الأول **قوله** ولو وكله أجنبي في بيع أو هبة جاز لأن السفيه لم يسلب أهلية التصرف أي لم يسلب أهلية التصرف
وإنما سلب أهليته في المال خاصة وإيقاع صيغة العقد ليس شرطا للإذن في التصرف أما للعموم بناء على أن المفرد المحلى به
يفيد العموم أو أن المراد العموم لعمومه من المجاز وفيه نظر لما علمت للخلاف في بعض العلماء حيث منع من تصرفه بذلك **قوله** ولو أذن
له الولي في النكاح جاز لأنه إنما يمنع الإذن له لو رفعه إذا عقد على وجه يؤمن معه من تلف المال بأن يعين الزوجة والمهر مع
احتمال الاكتفاء بتعيين الزوجة وانصراف الإطلاق الإذن إلى كونه بمهر المثل الآن الأول أنسب بالغرض من الحجر ولا يختفي أن جواز
ذلك من الولي مشروط بالمصلحة كما لو باشره بنفسه بل هنا أولى وكذا القول فيما لو أذن له في غيره من التصرفات المضمونة
كبيع الشيء الفلاني بكذا فلو أطلق له الإذن كان لغوا لاستلزامه فوت الغرض من الحجر عليه **قوله** ولو تصرف فأجاز الولي
فالوجه الجواز الذي هو الأخذ ما وجه هو الوجه لما ذكرناه من الوجه وخالف في ذلك الشيخ وجماعة فحكموا العدم مطلقا فتصرف
وإن أذن له الولي لما فضلا عن إجازته له **قوله** والمملوك ممنوع من التصرفات إلا بإذن المولى لا فرق في المنع من تصرفه
بدون إذنه بين أن نقول بملكه وعدمه ويستثنى من المنع من تصرفه طلاقه فيجوز بدون إذن مولاه بل وإن كره إلا
الطلاق بيده من أخذ بالساق ويستثنى فيه أيضا ضمانه لأنه تصرف في الذمة لا في العين ثم إن علم المضمون له بعبوديته
قبل الضمان فلا رجوع له وإلا فله الرجوع لإعساره وسيأتي الكلام فيه **قوله** والمريض ممنوع من الوصية بما زاد عن الثلث
إجماعا إلا مع إجازة الورثة أي ممنوع من إيقاعها على وجه النفوذ بدون إجازة الورثة لأنها تقع باطلة في نفسها والحاصل
أن وصيته بما زاد يكون موقوفة على الإجازة فإن أجازوها صحت وإلا بطلت وهذا هو المشهور بل المذهب خلاف العلامة
بأبي بر فإنه أجاز وصيته بجميع ماله استنادا إلى رواية نادرة وحملت على من لا وارث له وعلى ما إذا أجاز الورثة
قوله وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثلث خلاف بيننا والوجه المنع احترز بالتبرعات عن المعاوضات في
مرض الموت كالبيع فإنه يصح إذا وقع بثمن المثل وإن اشتمل على محاباة فهي من جملة التبرعات والمنجزة المعجلة في حال الحياة
كالهبة والعتق والمحاباة في الثمن وتزويج المرأة نفسها بدون مهر المثل وإجارة نفسه كذلك وفي خروج هذه وشبهها
من أصل المال أو من الثلث قولان أحدهما أنها من الأصل ذهب إليه جماعة من المتقدمين منهم المفيد والشيخ في أحد قوليه
وابن إدريس لأنه مالك تصرف في ملكه فكان ماضيا كالصحيح وعليه شواهد من الأخبار والثاني أنها من الثلث ذهب إليه جماعة من المتقدمين منهم الصدوق والشيخ
في أحد قوليه واختاره عامة المتأخرين ومنهم المص وهو الأقوى للنصوص الكثيرة الدالة عليه بعضها بالعموم وبعضها
بالمنطوق ويستثنى منه ما يتبع بابي إن شاء الله وأعلم أن المص بعد حصره أسباب الحجر في الستة ذكر منها أربعة وقد تقدم
ذكر الفلس وترك البحث عن الجنون ولقد كان الأولى ذكره كغيره ولعله تركه لعدم الحاجة إليه لأنه غير كاف وسيأتي الكلام فيه
قوله لا يثبت حجر المفلس إلا بحكم الحاكم وهل يثبت في السفيه بظهوره سفهه فيه تردد والوجه أنه لا يثبت وكذا لا يرتفع
إلا بحكمه لا خلاف في توقف الحجر على المفلس على حكم الحاكم وفي توقف رفعه على حكمه خلاف سبق وأما السفيه ففي توقف الحجر

عليه على حكمه والاكتفا بظهور سفهه قولان وكذا اختلف في ارتفاعه بزوال سفهه او توقفه على الحكم ووجه التوقف عليه
هو الذي اختاره المص ان الحجر حكم شرعي لا يثبت ولا يزول الا بدليل شرعي وان السفه امر خفي والانظار فيه تختلف فناسب
كونه منوطا بنظر الحاكم ووجه عدم التوقف فيهما ان المقتضي للحجر هو السفه فيجب تحققه واذا ارتفع زال المقتضي فيجب ان يزول ولقوله
قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم حيث علق الامر بالدفع على ايناس الرشد فلو توقف معه على امر اخر لم يكن
الشرط متحققا ومفهوم الشرط حجة عند المحققين والمفهوم هنا انه مع عدم ايناس الرشد لا يدفع اليهم فدل على ان وجود السفه
وحده كاف في اثبات الحجر من غير حكم لان السفه والرشد متقابلان ولقوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها الاية
اثبت عليه الولاية بمجرد السفه فتوقفها على امر اخر يحتاج الى دليل والاية الاخرى تساق الى ضد كلامه وهذا هو الاقوى في المسئلة
قوله اخر ان احدهما عدم توقف ثبوته على حكمه وتوقف رفعه عليه وهو اختيار الشهيد في اللمعة والثاني عكسه قيل انه قائلا
ولا نعلم به في القريب فيتوقف الثبوت على حكمه وتوقفه في الزوال **قوله** اذا حجر عليه فباعه انسان كان البيع باطلا
فان كان المبيع موجودا استعاده البائع وان تلف وقبضه باذن صاحبه كان تالفا وان تلف بحجره لا ارتفع جواز
استعادته مع وجوده بين من بايعه عالما بحاله او جاهلا فان كان قبضه باذن صاحبه كان تالفا عليه لانه سلطه على
اتلافه مع كونه سفيها ووجود السفه مانع من ثبوت العوض قوله وان تلف بحجره وصل لما قبله لانه لم يلزم حال الاتلاف
الملزم بعد الفك وهذا كله في العام ظاهر اما الجاهل بحاله فاطلاق المص يشمله ووجهه ان البائع قصر في معاملته قبل
اختبار حاله وعلمه بان العوض للسفيه وانه ثابت ام لا وهو مضيع لماله وقد نقل في كره عن بعض الشافعية ان السفيه اذا
اتلف المال بنفسه ضمن بعد رفع الحجر قال وكلام ابن بري وان كان السفيه قبض المبيع بغير اذن صاحبه واتلفه ضمنه
لان البيع الفاسد لا يقتضي الاذن في القبض فيكون سفيها في مال الغير بغير اذنه فيضمنه كما لو اتلف مالا او غصبه
اذن مالكه **قوله** ولو اودعه وديعة فاتلفها فيه تردد والوجه انه لا يضمن ووجه عدم الضمان تفريط المودع باعطائه
وقد نهى الله تعالى عنه بقوله ولا تؤتوا السفهاء اموالكم فيكون بمنزلة من القى ماله في البحر وقيل يضمن ان اتلفها او تلفت
بتفريطه لان المالك لم يسلطه على الاتلاف وانما امره بالحفظ فحصل الاتلاف بغير اختيار صاحبها كما لو غصب
المال او السفيه بالغ عاقل والاصل عصمة مال الغير الا بسبب ان ومنع اليد والاتلاف غصب وهذا هو الاقوى واختاره
في كره وهو في القواعد وفي حكم الوديعة العارية والصبي والمجنون حكمهما انهما يضمنان كالبيع والقرض والغصب
المال بغير اختيار المالك اما حكم السفيه في الوديعة والعارية اذا تلفت بتفريطهما او اتلفاها فوجهان او قولان احدهما انه
في الثاني وهو الاول اما الاول فلان الضمان باعتبار الاهمال انما يثبت حيث يجب الحفظ والوجوب من باب خطاب الشرع المتعلق
بافعال المكلفين فلا يتعلق بالصبي والمجنون ولا يرد المعارضة بمن هو على اليد ما اخذت حتى تؤدي فان مفهومه على الوجوب
التكليف بالرد وهو ممنوع منهما واما الثاني فان اتلاف مال الغير مع عدم الاذن سبب لضمانه والاسباب من باب خطاب الوضع
لا يتوقف على التكليف ومنه يعلم وجه ضمان ما يتلفانه من مال الغير بغير اذنه **قوله** ولو فك حجره ثم عاد مبذرا حجر عليه
لو زال فك حجره وهكذا انما قال لما كان السفه علة الحكم بالحجر اما بنفسه او بحكم الحاكم على ما مر كان وجود العلة يقتضي وجود المعلول
ورفعها رفعه من غير فرق بين المرة والمرات وهذا مما لا خلاف فيه نعم في خصوصية ذكره فائدة اخرى وهي ان علة الحجر او كان
لما قيل انها مركبة من السفه والفسق فلا يزول الحجر الا برفعهما معا بالرشد والعدالة ولذا القول وما بعده ارتفاعهما فلا

يبقى العلة للحجر الا التبذير خاصة فعوده يعود الحجر وارتفاعه برفعه من غير اعتبار العدالة هنا على القولين كما حققناه سابقا
فلذلك اطلق المص ان مجرد عود التبذير يوجب الحجر ومجرد رفعه برفعه وهكذا **قوله** الولاية في مال الطفل والمجنون للاب
والجد للاب فان لم يكونا فللوصي فان لم يكن فللحاكم في اطلاق كون الولاية عليهما للاب والجد وان علا وانما الكلام في انهما
اذا تعارضا او وقعا العقد دفعة فهل يقع باطلا لاستحالة الترجيح او يقدم عقد الجد او عقد الاب الذي اختاره في كره
وهنا البحث هو الثاني والكلام في المال انما في التزويج فسيأتي وفي الوصايا من كره قال ان ولاية الاب مقدمة على ولاية الجد
وولاية الجد مقدمة على ولاية الوصي للاب والوصي للاب والجد اولى من الحاكم ومقتضى قول المص انهما ان لم يكونا فللوصي ان الوصي
الاب لا حكم له مع الجد كما في كره وهو كذلك وان علا الجد وما في ترتيب الاجداد وللاب او اشتراكهم مع وجود الاعلى والادنى
ما مر في الاب والجد من الخلاف ولو حصل الاب والجد للوصي او يوصي او يجوز للوصي ذلك وان لم ينص له الحاكم وعميته حكمه
وصي الوصي وان تعدد على الحاكم والمراد بالحاكم حيث يطلق في ابواب الفقه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى اجماعا **قوله** اما السفيه
والمفلس فالولاية فيهما للحاكم لا غير اما المفلس فظاهر واما السفيه فاطلاق المص يشمل من تجدد سفهه بعد رشده ومن
بلغ سفيها وهو مشهور القولين في المسئلة ووجهه على ما اختاره سابقا من توقف الحجر بالسفه على حكم الحاكم ورفعه عليه ظاهر
لكون النظر في اليه وقيل ان بلغ سفيها فالولاية للاب والجد ثم وصي احدهما ثم الحاكم كالصبي وان بلغ رشيدا ثم تجدد سفهه
فامره الى الحاكم دونهما وهو جيد لاستصحاب الحكم ولانها في الاول لم تنقطع وفي الثاني فيحتاج عودها الى دليل والحاكم ولي
عام لا يحتاج الى دليل نعم يتخلف لو امتنع عليه غيره وقد استوفينا **قوله** اذا احرم بحجة واجبة لم يمنع ما يحتاج اليه في الاتيان
بالفرض وان احرم تطوعا فان استوت نفقته سفرا وحضرا لم يمنع الى قوله حلله الولي في السفيه حكمه في العبادات البدنية و
المالية الواجبة حكم الرشيد الا انه لا يمكن من صرف المال ولا تفريق الحقوق فاذا كان الحج واجبا فلا اعتراض للولي عليه سوى ان
زادت نفقته سفرا عن الحضور لانه لا يتعين عليه ولكن يتولى النفقة عليه الولي او وكيله النفقة ولا فرق في ذلك بين الواجب
بالاصل والنذر كما اذا تقدم سببه على الحجر واما اذا كان الحج مندوبا فكذلك مع عدم زيادة نفقته على الحضر لعدم الضرر
واما اذا احتاج الى زيادة فان كان يكتسبها في السفر بكذا لك لا ينفذ الضرر عن مال المحجور عليه وربما اشكل بانه يصير
باكتسابه من جملة ماله فيجب الحجر عليه فيه فيكون كالسابق ويجب بانه قبل لم يكن مالا وبعد صار محتاجا للنفقة وبان
الاكتساب غير واجب على السفيه وليس للولي تمرينه عليه فلا يلزم من صرفه الحاصل بالاكتساب في شيء من المال الذي يتعلق به الحجر
الحج الى الحول الثاني لولم يكنه العود او امكنه بنفقة مساوية لنفقة الاكمال في الا لم يعتبر احتياجه الى النفقة في الثاني
ان الاكتساب عليه وان كان غير واجب الا انه اذا اكتسب اختيارا تحقق المال وان لم الحج فيه فعاد الحكم نعم لو كان ذلك
الكسب الواقع في السفر لا يحصل في الحضر وكان يعد المتلبس بالحج او فيه ولم يمكن العود الا بصرفه زال الاشكال وفهم من قوله
وان لم يكن كذلك حلله الولي ان احرامه ينعقد على كل حال ويشكل مع الاخلال بالشرائط للوقوع المقتضي لنفاسة العبادة
ويمكن دفعه بان النهي هنا ليس عن ذات العبادة ولا عن شرطها الاول المندوب لا يشترط فيه المال فلا يمنع وانما النهي عن
الاتلاف المال الزائد خطر بالنهي لاستدراكه فلهذا لا يبطل ولا يحلل الولي له بالصوم لا نزح كالمحصر حيث يحرم عليه الى ان يحلل وان كان الامر
خارج كعجزه عن النفقة فهذا ان جعلنا الدم الاحصار بدلا او لا يبقى على الحلال الى ان يفك فعلى القول بالبدل فهو عشرة ايام
كما في الحج وروي ثمانية عشر يوما والكشف في هذه المسئلة فلا نقض فيها عندنا **قوله** اذا حلف انعقدت يمينه ولو حنث كفر بالصوم

وفيه تردد لما كان السفيه انما يمنع من التصرفات المالية فاذا حلف على فعل شيء او تركه حيث يكون اليمين منعقدة في غيره
ينعقد يمينه لانه لا يتعلق بالمال ومثله نذر ذلك وبيع ما لو كان متعلق النذر نفس المال بان نذر ان يتصدق بالف
مثلا فان كان معينا بطل النذر وان كان في الذمة ففي صحته وجهان اجودهما انعقاده في الذمة وبعده اذا انفك فاذا حلف على فعل
شيء فحنث وجبت عليه الكفارة قطعا لانه بالغ عاقل وهل يكفر بالعتق ام بالمال فيه تردد المصورة وجه التردد من انه
ممنوع من التصرف المالي فيكفر بالصوم كالعبد والفقير ومن ان الكفارة شيء وجب عليه وهو مالك للمال فيخرج
من المال كما يخرج الواجبات من الزكوة والخمس ومؤنة الحج الواجب والكفارة التي قد سبق وجوبها الحجر ويضعف بان هذه
يثبت عليه بغير اختياره فلا تعترض لتبذير المال واما الكفارة فالاحتياط بالكفارة في التسارع فان سببها مستندا
الى اختياره في مخالفة مقتضى اليمين فلو اخرجها من المال اسكو جعله ذلك وسيلة الى ذهابه لان مقتضى السفه توجيه
على ما لا ينبغي والاقوى انه يكفر بالصوم وبه قطع العلامة في كتبه حتى في كره من غير نقل تردد ولا خلاف وقريب من هذا البحث
الكلام في الاتفاق على من يستحقه من الانساب باقراره **قوله** لو وجب له القصاص جاز ان يعفو ولو وجبت له دية لم يجز العفو
ولم يجز لان موجب العمد القصاص خاصة وهو ليس بمال وانما يثبت المال بالصلح والتراضي بخلاف ما يوجب الدية لانه تصرف في
مال يمنع منه ويتحقق بذلك ما حكاه بعض العامة حيث جعل الواجب احد الامرين القصاص او المال فلا يصح عفوه ولو بلغ العمد القصاص
فله ذلك لانه موضوع للتشفي والانتقام وهو صالح له واذا جاز له العفو عنه مطلقا فعفوه عنه على مال اولى حيث يجب ذلك الاستيلاء اليه
بل الولي **قوله** يختبر الصبي قبل بلوغه وهل يصح بيعه الاشبه انه لا يصح وقد تقدم ان الرشد لا يتحقق الا بالاختبار وايلاء من التصرفات
والاعمال ويتبين هنا ان محل هذا الاختبار قبل البلوغ لقوله تعالى وابتلوا اليتامى والمراد باليتيم لغة وشرعا من لا اب له وهو دون
البالغ فالبالغ ليس بيتيم بطريق الحقيقة والاطلاق اللفظ محمول على الحقيقة الى ان يمنع منها مانع وهو منتف هنا والثاني قوله حتى
اذا بلغوا النكاح فجعل غاية اختبارهم البلوغ فدل على ان الاختبار قبله ولان تاخير الاختبار الى البلوغ يؤدي الى الاضرار
بسبب الحجر عليه ومنعه ماله مع جواز كونه بالغا رشيدا لان المنع يستمر الى ان يختبر ويعلم رشده وربما طال زمانه بسبب العلم بالملكة
السابقة فاذا امكن رفع هذا الضرر بتقديم الاختبار كان اولى وهذا ما اختاره الشافعية وعندنا وانما خالف فيه بعض العامة وجعل محله بعد البلوغ
شارحا القول لعلهما عبارته على ان الاختبار بعد البلوغ وجعل الخلاف في صحة البيع الواقع بالاختبار وستعرفها على المذكور وفي كره
عليه دلالة في البيان اذا تقرر ذلك فنقول انه ان كان الاختبار بالبيع لمن هو من اهله فاكل الصبي فيه وظهر رشده اوقعه هل يكون
صحيحا ام لا وجهان احدهما الوقوع لامره تعالى بالابتلاء وهو يقتضي كون الفعل الصادر من الصبي معتبرا لخصوص البيع قول لان فعاله
شرعية ومع ذلك فالتقديم الى اذن الولي لان اعطاء المال وامره بذلك يوجب ان يكون صحيحا والثاني عدمه لمنع دلالة الامر بالابتلاء على
الصحة بل غايته استفادة الرشد بانه الابتلاء اما كونه صحيحا ام لا فهو خارج عن مقتضاه وهذا هو الاقوى وعلى هذا فيكفيه
اختباره ان يامره الولي بالمساومة في السلع ويمتحنه بالممارسة والمساومة وتقرير الثمن فاذا ال الامر الى العقد عقده الولي فاذا
رأه قد استقر رايه على الشراء بثمن المثل واراد البيع برغبة لعله يرى علم رشده وقريب من ذلك يشتري الولي سلعة ويدفعها
في يد البائع او يعطيه متاعا او ماسعته ويوكله على بيعه من الصبي فان اشتراه منه وصلح فيه الصلاح كونه ذلك على الرشد
اعلم ان العلامة في يرددهم صحة البيع مع اذن الولي كما هو الفرض ذكره في كره وقطع بعدمه ونحوها ترددا **كتاب الضمان**
هو عقد شرعي للتعهد بمال او نفس اعلم ان الضمان معنيين احدهما الخص من الاخر وهذا التعريف للضمان بالمعنى الاعم الشامل

للضمان بالمعنى الاخص والحوالة والكفالة فيكون هذه الثلاثة اقساما والضمان بالمعنى الاخص فيما الاختصرين والكلام في كون الضمان
هو العقد الدال على التعهد او نفس التعهد قد تقدم البحث على نظيره في البيع وان التحقيق انه الثاني واطلاق على العقد بطريق المجاز
اقامة للسبب مقام المسبب وشرعية العقد المذكور للتعهد اعم من كونه اثره يحصل معه وعدمه فيشمل الصحيح والفاسد ولولا ذلك لكان المقصود
حصول التعهد وان اللفظ الدال عليه كان تعريفا للصحيح وهو ايضا صحيح واعلم ان الضمان عندنا مشتق من الضمن لانه يجعل ما كان
في ذمته من المال في ضمن ذمة اخرى او لان ذمة الضامن تتضمن الحق فالنون فيه اصلية بناء على انه ينقل المال من الذمة
الى الذمة وعند اكثر العامة انه غير ناقل وانما يفيد اشتراك الذمتين فاشتقاقه من الضم والنون فيه زائدة لانه ضم ذمة
الى ذمة فيتخير المضمون له في المطالبة **قوله** والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال وقد لا يكون فهنا تلك
اقسام ثلاثة احدها الاقسام التعهد بالنفس وهو الكفالة والتعهد بالمال ممن ليس له عليه مال هو الضمان بالمعنى الاخص ومن عليه
هو الحوالة وفيه سيأتي من مذهبه ان الحوالة لا يعتبر فيها شغل ذمة المحال عليه للمحيل فيدخل هذا القسم في الضمان الاخص
يحتمل التقسيم بالتداخل ولا يلتفت ما يقوله ثم ان هذا القسم بالضمان اشبه لان الاشتغال لم يخرج عن معنى الحوالة ايضا وبه
دفع الاشكال بان التقسيم جار على محل الوفاق وما عينا والقسم الاخر للحوالة وهو تعهد مشغول الذمة للمحيل فيكون هو وحده
الاقسام الثلثة حاصرة وكون القسم المشترك ذا جهتين بحيث تسميته ضمانا باعتبار وحوالة باخر لا يضر بالحصر **قوله** فمن
المال ممن ليس عليه للمضمون عنه مال وهو المسمى بالضمان بقول مطلق لما كان الضمان بالمعنى الاعم منقسما الى الاقسام الثلثة
انقسام الكلي الى جزئياته فاطلاقه على كل واحد منها بطريق الحقيقة فيصح اطلاق الضمان على الحوالة والكفالة حقيقة
الا ان المعنى المتبادر من الضمان شرعا عند اطلاق لفظه من غير قيد هو الضمان ممن ليس عليه مال للمضمون وهو المعنى الاخص
له واما الاخران وهما الحوالة والكفالة فانما يفهم منهما معنى الضمان مع انضمام لفظ اخر اليه وهو ضمان النفس وضمان مشغول
الذمة للمضمون ونحو ذلك ولكن يبقى فيه اشكال وهو ان ذلك يقتضي كون اطلاق الضمان عليهما ليس على وجه الحقيقة بل
من علامات المجاز الاطلاق من غير قيد كما ان توقف فهم المعنى المراد من اللفظ على قيد ينضم اليه دليل المجاز فكيف يجتمع كونهما
من افراد الكلي بطريق الحقيقة مع افتقارهما مع ذلك في صحة الاطلاق الى التقييد وجوابه ان المنضم اليهما حيث صار او دين له
بطريق الحقيقة هو مطلق الضمان وذلك لا ينافي كونهما مجازين بالنظر الى الضمان الذي هو قسيمهما والحاصل انه فرق بين
الشيء المطلق ومطلق الشيء ومثل هذا البحث ياتي في الماء فانهم قسموا مطلق الماء الى الماء المطلق والمضاف مع ان اطلاق
الماء على المضاف بطريق المجاز لافتقاره الى القيد الا انه فرد حقيقة من مطلق الماء ومنشاء الاشتباه بالاشتراك اللفظي و
لكن لما اشتهر المعنى المطلق وخفي مطلق المعنى لوحظ الحقيقة والمجاز باعتبار الشهرة خاصة وفيه بحث **قوله** ولو ضمن
المملوك لم يصح الا باذن مولاه ويثبت ما ضمنه في ذمته لا في كسبه الا ان يشترطه في الضمان باذن مولاه في الكلام هنا
يقع في موضعين احدهما ضمان العبد بغير اذن سيده وفي صحته قولان احدهما وبه قطع المص هنا من غير نقل خلاف عدم
الصحة لان العبد لا يقدر على شيء كما وصفه الله تعالى وذمته مملوكة للمولى فلا يملك اثبات شيء فيها الا باذنه ولان
الضمان يستلزم اثبات مال في الذمة فيمتنع منه بدون اذن المولى كما يمنع من النكاح وكذا التحرير وعلى الاول ضمانه لما
اتلفه وغصبه او جناه في ذمته بغير اذن المولى فلو توقف شغل ذمته مطلقا على اذن المولى لم يلزم هنا شيء الا ان يقال
ان ذلك لا يعد التزاما بل هو حكم شرعي تبتني على القهر بسبب وقوعه بغير اختيار صاحبه ومن ثم لزم ذلك الصبي والمجنون

ايضا مع عدم صحة ضمانه اجماعا او على الثاني منع كون مطلق اثبات المالية في ذمته مستغا وهل هو الا محل النزاع والتمثيل به
لا يتم لبطلان القياس ومنع كون المانع فيه استلزامه اثبات المال في الذمة من ثم امتنع وان عرى العقد عن المهر وان بذله
اجنبي وانما المانع الحجر واستلزام صحته ترتب اثر مقدرة العبد المستغرق او المحجور عليه وثانيهما التحقق لامتناع العقد على
المولى لان استحقاق المطالبة لم يستقر في ذمته بعد العتق كما هو مقتضى عليه كما لو استدان بغير اذن سيده وان فقد بالتكلف
صاحب الدين لو وجد عين ماله كان له انتزاعها منه ولا يتصور ذلك في الضامن لتعلق حقه بالذمة لا يقال ان السيد يستحق
ارثه بعد العتق بالولاء ويثبت الضمان بمنع الارث لانا نقول حكم الارث المذكور لا يمنع الضمان فان الارث متاخر عن الدين فهنا
قبل انه دين تقدم عليه ولهذا لا يمنع الارث ... الملك يمنع منها ... ان الارث ليس في حكم الملك مطلقا كان
الحجر لا يمنع الضمان بحق ذمته ويمنع ما هو ملكه نعم هذا يتبع به بعد العتق لان كسبه مملوك للمولى ولا يملك المقترض في
مال مولاه وهذا القول قريب العلامة في كره والاقوى الاول ...
[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

حالا فان كان الدين مؤجلا فقد اتفق المانعون على منعه نصا وتعليلا وان كان حالا فالشيخ والدين وابناؤه جوزوه
لوجوب الحق والشيخ واتباعه منعوه لعدم الارتفاق والتبرع عند المعلل بوجوب الحق كغيره وعند المعلل بالارتفاق تخالف وقد
ظهر بذلك ان محل النزاع عند جمهور [illegible] والحق ان الخلاف واقع في ضمان الموجل الحال الا ان الحال من اجل الاصل بقي في المسئلة بحث
او وجوبه على الحق بجواز ضمان المؤجل حالا او باجل دون الاجل الاول لو اذن المضمون عنه للضامن في ضمانه كذلك اسقط قبل
يحل عليه الدين او ينتقل الاجل على تقدير ضمان الضمان لكن ذلك تام يبقى عليه الاجل كما كان فلا يرجع عليه الضامن الى حلوله وان ادى
قبله وجه احدها انه يرجع عنه كما ادى في الحالين اما مع التصريح بالاذن او مع الاطلاق الضمان في حكم الاداء يتوقف الاذن المديون بعد ذلك
في ضمانه دينه مؤجلا فقضاه استحق مطالبته ولان الضمان بالسؤال يوجب استحقاق الرجوع على وفق الاذن ولم يتم الاطلاق فلبيّنا
التعجيل فيكون واضعا ضمنا لانه بعضه بما يدل عليه اللفظ وثانيها التفصيل فيرجع عليه حالا مع التصريح لا مع الاطلاق اما
الاول فظاهر واما الثاني فلان الاطلاق انما اقتضى الاذن في الضمان الذي يقتضي حلول الحق على المضمون عنه لانه لا يحل عليه الا
باسقاط او اشتراطه في عقد لازم وهو منتف ولا دليل في الاذن المذكور على حلول الاصل باحدى الدلالات ولا سيما الالتزام الاجل
وهذه الوجوه اتية مع التصريح له في الضمان حالا لانه لم يصرح له بالرجوع عليه حالا ايضا وثالثها عدم الرجوع عليه الا
بعد الاجل مطلقا لما ذكر ولان الاذن في الضمان وان كان حالا انما يقتضي حلوله في ذمة الضامن ولا يدل على حلوله في ذمة
المضمون عنه باحدى الدلالات وهذا هو الاقوى واعلم ان العلامة قطع في التحرير بالاخير وعليه ذكر غيره وفي [illegible] استشكل في
الحلول بالسؤال فقط وليس مدار الاشكال انما هو مع الاطلاق لا مع التصريح بالسؤال حالا فانه يقتضي الحلول على المضمون عنه
وقطع المحقق الشيخ على رده [illegible] وهو ان الاشكال انما هو مع التصريح بالحلول اما مع الاطلاق فلا اشكال في عدم الحلول وهو
موافق لما ذكره فانه قطع بعدم الحلول مع الاطلاق واستشكل مع تصريحه بالتعجيل ثم استقرب عدم الحلول [illegible] الاشكال
واتضح على التقديرين كما بيناه قوله ولو كان المال حالا فضمنه مؤجلا جاز وسقطت مطالبة المضمون عنه ولم يطالب الضامن
الا بعد الاجل هذا هو الموضع المتفق على جوازه واعاده ليبني عليه حكم المطالبة وحاصله ان المضمون عنه لا يطالب مطلقا
اما المضمون له فلانتقال دينه عنه الى ذمة الضامن واما الضامن فلانه ليس له المطالبة الا بعد ان يؤدي وان كان
حالا في الاول واما الضامن فلا يستحق عليه المطالبة قبل الاجل ايضا عملا بمقتضى الشرط وهذه المسئلة من فروع القول
بانتقال الحق الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه والقائل بالاقتضاء جوز هنا مطالبة المضمون عنه حالا لبقائه على اصله
ولم يجوز مطالبة الضامن الا بعد الاجل قوله ولو مات الضامن حل واخذ من تركته لما كان الميت حل ما عليه من الديون
المؤجلة بموته كان هذا من جملة افرادها فاذا ضمن الحال مؤجلا ثم مات قبل الاجل حل ما عليه من مال الضمان واخذ من
تركته وجاز للورثة مطالبة المضمون عنه لان الدين عليه حال لعدم حصول ما يقتضي تاجيله عليه لان المؤجل هو
الدين الذي في ذمة الضامن لا الذي في ذمته لان الضامن لما لم يستحق الرجوع الا بالاداء وكان موته مقتضيا لحلول
دينه فاذا اخذ من تركته زال المانع من مطالبة المضمون عنه ومثله ما لو دفع الضامن الى المضمون له الحق قبل الاجل باختياره
فانه له مطالبة المضمون عنه لما ذكر وهذا بخلاف ما لو كان الدين مؤجلا على المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك فانه يحل لم
عليه بموته لا يحل على المضمون عنه لان الحلول على احدهما لا يستدعي الحلول على الاخر كما لا يحل عليه المؤجل لو ضمنه الضامن حالا اما ما سبق
ولو كان الدين مؤجلا الى اجل فضمنه الى ازيد من ذلك الاجل جاز وهذا من جملة فروع المسئلة السابقة اجماعية لاذا الاجل

عنه لان الحلول

الأخر

٨٣

الى تحصيل هذا الارتفاق المطلوب من الضمان والكلام فيه لو ادى قبل الاجل ومات كما مر وتقريبه انه لو ادى قبل الاجل ادى ما ثبت
كما مر وتقريبه انه لو ادى قبل حلول اجل الاصل لم يكن له مطالبته الا بعد حلوله عليه وقبل حلول الاجل نفسه فله [illegible]
لانه قد صار على الاصيل حالا والضامن قد ادى واسقط حق نفسه من الاجل الزائد وكذا القول لو مات فادى وارثه قوله ويرجع
الضامن على المضمون عنه بما اداه ان ضمن باذنه ولو ادى بغير اذنه ولا يرجع ان ضمن بغير اذنه ولو ادى باذنه احكام رجوع الضامن
وعدمه بالنسبة الى كون الضمان والاداء معا باذن المديون او احدهما او عدمهما اربعة اشار المص اليها اثنين بالمنطوق واثنين
بالمفهوم لاقتضاء ان الوصلية ثبوت الحكم في المسكوت عنه بطريق اولى وجميع حكم الاربعة كما ذكره علماؤنا اجمع وانما نبه به على
خلاف بعض العامة في بعض افرادها حملا على ما سبق من انه قد يراد الاذن المديون اثر على بعض الوجوه قوله وينعقد بكتابة
الضامن منضمة الى القرينة الدالة لا مجردة انما ينعقد بالكتابة مع تعذر النطق لاعذار خرس ونحوه ولا بد مع ذلك من انضمام
ما يدل على قصد [illegible] من اشارة ونحوه لامكان كونه عابثا ولا فرق في ذلك بين الضامن والمضمون له بناء على اشتراط قبوله لفظا
انما خص المص رضا الضامن لعدم اعتبار القبول اللفظي في الآخر كما سبق ولو عجز عن النطق والكتابة واشار بما يدل على [illegible]
كالاخرس [illegible] كفت وانما اعتبر على الكتابة لان المعتبر [illegible] رضاه بالقرائن والكتابة منها قوله وهو كل مال ثابت في الذمة
سواء كان مستقرا كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار او معرضا للبطلان كالثمن قوله لم يصح ضمانه عن البايع قد تقدم ان عقد البيع
يقتضي تملك البايع للثمن والمشتري للمبيع وان كان هناك خيار فالبيع موجب للملك وان لم يكن مستقرا فيصح ضمان الثمن للبايع
المشتري والمشتري عن البايع اذا [illegible] لو ظهر المبيع مستحقا وهو المعبر عنه بضمان العهدة فقبل الثمن كالثمن في مدة
الخيار لعدم قبض الثمن [illegible] انه يصح ضمان الثمن في مدة الخيار وبعد قبضه وهذا الضمان قد يكون للبايع القابض [illegible] يضمن
لم [illegible] على تقدير ظهوره مستحقا على وجه لا يستلزم بطلان البيع كما لو كان غير معين في العقد او على تقدير ظهوره معيبا فيه
ليرجع بارشه وقد يكون ضمانه للمشتري على تقدير ظهور المبيع مستحقا ليرجع به وعلى التقديرين فالضمان انما هو لعهدة لا الثمن نفسه
فقوله كالثمن تشبيه للحق الثابت المنزل لا للمضمون او المضمون عهدته لا هو نفسه والفرق [illegible] اللفظ والمعنى اما اللفظ فلان
العبارة عن ضمان الثمن ضمنت لك الثمن الذي في ذمة زيد مثلا ونحوه وضمان العهدة ضمنت لك عهدته او دركه ونحو ذلك
اما المعنى فلان ضمانه نفسه يفيد انتقاله الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه منه وضمان العهدة ليس كذلك انما يفيد ضمانه
ودركه على بعض التقديرات وقوله ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البايع اي لا يصح ضمان الثمن عن البايع قبل قبضه له على تقدير ظهور
المبيع مستحقا وقد قبض البايع الثمن فانه ضمان ما لم يجب لانه لم يحصل في يد البايع حال الضمان ليضمن عهدته فيكون كالو ضمن ما
سيستدينه ونحوه وايضا ضمان عهدة [illegible] عن البايع عوضا له عن المشتري للبايع فانه جائز سواء كان الضمان
لنفسه بحيث ينتقل الى ذمة الضامن كما لو لم يكن معينا في العقد او لعهدته كان يضمن للبايع عن المشتري عهدة الثمن لو ظهر مستحقا
وهذا انما يتم اذا كان الثمن غير معين او لا يبطل البيع باستحقاقه بل يرجع الى عوضه واما اذا كان معينا وظهر استحقاقه فانه
يبطل البيع ولا معنى لضمان عهدته للبايع انما يحتاج البايع الى ضمان عهدة المبيع نعم لو كان الضامن [illegible] كونه معيبا
صح على التقديرين وقد ظهر [illegible] المراد في العبارة بضمان الثمن ضمان عهدته في الاكثر [illegible] ضمانه نفسه في البعض [illegible]
فرضته جملة يحتاج الى التفصيل وحسنا فانه في ضمان العهدة قوله وكذا مال السبق والرماية [illegible] لكن يؤول الى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل
ما شرط وكمال السبق والرماية على تردد منشؤه الشبه بالمشار اليه [illegible] يكون كونه الحكم بالحقه في السابق وهو ضمان الثمن في مدة

الخيار لمناسبته مال الجعالة والسبق له في انه يؤول ويكون مالهما الى اللزوم ولان المقصود بالذات في السابق هو ذلك واما
قوله ولو كان قبله لم يصح فانه كالتتمة والرديف للسابق ويكون هو هذا القريب وهو عدم الصحة لقربه وكلاهما جاء في
الخلاف في المسئلتين المشتبهتين وكذا قوله على تردد ويمكن تعلقه بالمسئلتين معا وبالاخيرة وحدها وحكم مال السبق والرماية و
الاول فيهما اوضح وتحقيق الحكم ان عقد الجعالة من العقود الجائزة يجوز لكل من الجاعل والعامل فسخه قبل العمل وبعده ومن احكامه ان
العامل لا يستحق المال المجعول الا بتمام العمل فلو بقي منه شيء وان قل فليس له شيء بخلاف الاجارة [illegible]
العمل بالنسبة فضمان مالها ان كان بعد تمام العمل فلا ريب في صحته للزوم [illegible] الجاعل وان كان قبله فقد اطلق المص الحكم بالجواز
على الاول وبالبطلان على الثاني ووجه الصحة انه وان كان عقدا جائزا او المال غير لازم [illegible] الا انه يؤول الى اللزوم بتمام العمل وقد
وجد سبب اللزوم وهو العقد فيكون كالثمن في مدة الخيار وفيه نظر لمنع وجود السبب فانه العقد والعمل معا لا العقد وحده
وانما العقد جزء السبب فلم يحصل به ثبوت ولا لزوم فان ما بقي من العمل او جميعه على تقدير عدم الشروع فيه لم يستحق بسببه شيء ما معنى
منه كذلك لانه لو ترك الباقي لم يستحق شيئا فيكون الباقي بمنزلة الشرط في استحقاق الجميع والفرق بينه وبين الثمن في مدة
الخيار واضح لان الثمن ثابت في ذمة المشتري مملوك للبايع غايته انه في الباب انه متزلزل [illegible]
الى اللزوم بخلاف مال الجعالة فانه لا ثبوت له اصلا الا ان يكمل العمل فالمختار عدم الجواز نعم في قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير
وانا به زعيم دلالة على جواز ضمان مال الجعالة قبل العمل لانه ضمنه قبله وقد استدل الفقهاء بهذه الاية على مسائل الجعالة
والضمان فيمكن هذا منها الا ان البحث فيه [illegible] كره قطع بعدم الجواز قبل الشروع في العمل لانه ضمان ما لم يجب واستقرب
الجواز لو كان بعد الشروع واما مال السبق والرماية فلا شبهة في جواز ضمانه بعد العمل كما مر واما قبله فمبني على انه هل هو جعالة
او اجارة وفيه خلاف ياتي انشاء الله والاقوى انه عقد لازم كما سيأتي فيلزم المال فيه بالعقد ويصح ضمانه وقول المص
وكمال السبق والرماية اراد به قبل كمال العمل لانه من امثلة ما يؤول الى اللزوم وقد ظهر ان التردد يجيء بكونه في الاخرين معا
ان عطفهما على الحكم بالصحة اولى نظرا الى قوله لكن يؤول الى اللزوم [illegible] قوله وهل يصح ضمان مال الكتابة
قيل لا لانه ليس بلازم ولا يؤول الى اللزوم ولو قيل بالجواز كان حسنا القول بعدم الصحة للشيخ ره بناء على ان الكتابة المشروطة
غير لازمة من قبل العبد فله ان يعجز نفسه ولا يؤول الى اللزوم لانه لو عجز نفسه رجع رقا وبطلت الكتابة والضمان
وفي المضمون عنه والاصح انها لازمة مطلقا فيصح ضمان مالها ولو قلنا انها جائزة فالاقوى الصحة ايضا لان المال ثابت في ذمة
المكاتب بالعقد غايته انه غير مستقر كالثمن في مدة الخيار فعلى هذا متى ضمنه ضامن انعتق لانه في حكم الاداء بناء على انه ناقل
وامتنع التعجيز كالو ادى المال بنفسه وبهذا يحصل الفرق بينه وبين الثمن في زمن الخيار فان اداء الثمن لا يمنع الخيار وغايته
انه قبض فلا يمنع بطريق اولى ومن هنا اشكل الجواز على تقدير الجواز لانه يؤدي الى اللزوم [illegible] المكاتب بناء على عدم اشتراط
رضا المضمون عنه في صحة الضمان فيما في الغرض من بناء الكتابة على الجواز من طرف المكاتب واعلم ان موضع الخلاف الكتابة
المشروطة كما بيناه اما المطلقة فلازمة [illegible] قوله ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لاستقرارها في
لما كانت نفقة الزوجة تستقر في الذمة بفواتها لانها عوض عن التمكين وحيث كان كل يوم [illegible] الى الليل
بخلاف المستقبلة كنفقة الشهر المستقبل فانها غير واجبة لاشتراطها بالتمكين وهو ليس حاصلا في زمن لم يقع بعد فلا يصح ضمانها
وقوله لاستقرارها في ذمة الزوج يتم في الماضية قطعا واما الحاضرة فلا اشكال في وجوبها وثبوتها في الذمة مع التمكين اما استقرارها

فيه نظر

٨٤

ففيه نظر مبني على انها لو نشزت في اثناء النهار هل يستعاد نفقة ذلك اليوم ام لا وفيه خلاف ياتي انشاء الله الكلام فيه واما لو ماتت
او طلقها استقرت واحترز بنفقة الزوجة عن نفقة الاقارب فان ضمان الفائت منها لا يثبت في الذمة فلا يصح ضمانه
الفرق بينها وبين نفقة الزوجة ان الغرض منها البر والصلة والمواساة فيفوت بفوات الوقت بخلاف نفقة الزوجة فانها
معاوضة فسبيلها سبيل الديون واما المستقبل منها فاولى بعدم الصحة واما الحاضرة فالاقوى جواز ضمانها للوجوب بطلوع الفجر
كالزوجة وان عرض لها بعد ذلك الزوال لو ترك التمكين قوله ويصح ضمان الاعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد
على تردد والاشبه الجواز ضمان هذه الاعيان اما ان يكون على معنى تكليف الضامن برد اعيانها الى مالكها او بمعنى ضمان قيمتها لو
تلفت عند الغاصب والمستام ونحوهما والاقوى منهما وفي محل الكل تردد منشاؤه وجود سبب الضمان للعين او القيمة وهو
فيجيء اما الاول فلانه ضمان ما هو مضمون على المضمون عنه واما الثاني فلثبوت القيمة في ذمة الغاصب ونحوه لو تلفت ومن ان
الثابت في الاول هو وجوب الرد وهو ليس بمال والثاني ليس بواقع فهو ضمان ما لم يجب وان وجد سببه لان القيمة لا تجب الا ما تلف
والمحصل والاقوى عدم الجواز في ضمان القسم الاول فساده من جهة ان من خواص الضمان كما قد عرفت انتقال الحق الى ذمة
الضامن وبراءة المضمون عنه وهنا ليس كذلك لان الغاصب مخاطب بالرد ومكلف به اجماعا وانما يفيد هذا الضمان ضم ذمة الى ذمة
وليس من اصولنا قوله ولو ضمن ما هو امانة كالمضاربة او الوديعة لم يصح لانها ليست مضمونة في الاصل اشار بالتعليل الى
الفرق بينها وبين ما سبق حيث جوز ضمانه على تقدير انه فرع مع انه ليس بواقع ووجه الفرق ان سبب الضمان حاصل في تلك اليد العادية
بخلاف هذه لانها ليست مضمونة وان فرض ضمانها الا على تقدير التعدي لان السبب الان ليس بواقع نعم لو كان قد تعدى فيها فحكمها
حكم السابقة بل هي من جملة افرادها لان البحث فيها عن ضمان الاعيان المضمونة اعم من كونها مضمونة بالاصل او العارض نعم يتحول الفرق
ليست مضمونة في الاصل اشعار بعدم دخول التعدي في السابق لانه ليس بمضمون في الاصل لكنه لا يخرج ويجوز ويمكن ان يريد بالاصل [illegible]
حالة الضمان [illegible] لا يصح ضمانه [illegible] قوله ولو ضمن ضامن لم يضمن [illegible] لا شبهة
في جوازه لمن الضمان [illegible] ولما امكن تحقق الشرط وهو ثبوت المال في ذمة المضمون عنه وهو هنا كذلك ويبقى حكم رجوع كل ضامن بما اداه
على مضمونه لا على الاصيل لانه ضمن باذنه الى اخر ما يعتبر ثم يرجع الضامن الاول على الاصيل بشرطه وهكذا ولو كان باذن الاصيل [illegible]
وما بعده في الضمان فلا يرجع عليه لانه عليه الا ان يقال للاصيل عنه وان على الرجوع وهذه المسئلة من فروع القول بالانتقال
اما الضم فيتفرع على القولين فروع جليلة وكذا يصح ترامي الضمان بعد وروده [illegible] الاصيل ضامنا او ضامن ضامنه ولو تقرر لعدم
المانع فيسقط بذلك الضمان ويرجع الحق كما كان نعم يترتب عليه احكام كما لو وجد المضمون له الاصيل الذي صار ضامنا معسرا ونحو
ذلك فان له الفسخ والرجوع الى الضامن السابق وقد يختلفان بان يضمن الحال مؤجلا وبالعكس وخالف في ذلك الشيخ ره محتجا باستلزام
صيرورة الفرع اصلا والاصل فرعا وبعدم الفائدة ويضعف بان ما اختلاف في الاصلية والفرعية لا يصلح للمانعية والفائدة موجودة
كما ذكرناه قوله ولا يشترط العلم بكمية المال فلو ضمن ما في ذمته صح على الاشبه [illegible] ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه بعد ذلك
قولان اشهرهما الجواز للاصل ولاطلاق قوله صلى الله عليه الزعيم غارم وقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم مع اختلاف كمية الحمل و
لان الضمان عقد لا ينافيه الغرر لانه ليس معاوضة لجوازه من المتبرع وضمان العهدة والقول الاخر بالمنع لانه اثبات مال في الذمة
لادمي فلا يصح في المجهول كالبيع وينتقض بالاقرار وموضع الخلاف ضمونه يمكن العلم به بعد ذلك كما لو ضمن الدين الذي عليه او ثبت
ما بايع من فلان واليه اشار المص بقوله فلو ضمن ما في ذمته [illegible] اما لو لم يمكن الاستعلام لم يصح الضمان قولا واحدا كما لو قال ضمنت لك شيئا مما لك

الفيد وهو

على فلان اصدق الشيء على القليل والكثير واحتمال الروم اقل ما يتينا ولا الشيء كالاقرار سندفع بانه ليس هو المضمون وان كان بعض افراده

ويلزمه ما يقوم به البينة ان كان ثابتا في ذمته وقت الضمان لا ما يوجد في كتاب ولا ما يقر به المضمون عنه ولا ما يحلف عليه

المضمون له برد اليمين [illegible] هذا تفريع على بطلان ضمان المجهول فانه يلزمه ما يثبت بالبينة انه كان لازما للمضمون عنه وقت الضمان لا ما يوجد

لانه لم يتعلق به الضمان ولا ما يوجد في كتاب ودفتر لعدم ثبوته في ذمته وانما يلزم الثابت ولا ما يقر به المضمون عنه لان اقراره انما

ينفذ على نفسه لا على غيره ولا على ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين من المضمون عنه لان الخصومة مع الضامن والمضمون عنه فلا يلزمه

ما يثبت بمنازعة غيره كما لا يثبت ما يقر به ولو كان الحلف برد الضامن يثبت عليه ما حلف عليه والطلاق [illegible] عدم الثبوت بما

يحلف عليه برد اليمين محمول على الاول هذا محصل الحكم في المسألة اقوال اخر منها لزوم ما اقر به الغريم ايضا وهو مذهب

الصلاح وابن زهرة ومنها لزوم ما يحلف عليه المضمون له من غير تقييد وهو قول المفيد ومنها تقييده برضا الضامن وهو قول الشيخ

[illegible]

الضامن فيزداد او ما يضرب به ولا فرق فيه ما بين الصورتين بين كون الضامن متبرعا او بسؤال لان فسخ الضمان يوجب العود على المدين على التقديرين اما الاولى فلان [illegible] بالضامن بسؤال الرجوع بما غرم وانما تسمع الشهادة بوجه على القول بكون الضامن ناقلا كما هو مذهب علمائنا فلما قلنا بانه يفيد [illegible] لم يسمع [illegible] على القول بانتقال المال يشعر بان لاصحابنا فيه قولا [illegible] تقدم اشارة اليه ايضا وهو [illegible] **قوله** ولو لم تكن [illegible] المضمون له كان له مطالبة الضامن مرة ثانية ويرجع الضامن على المضمون عنه بالاداء اولا لانه قدم قبول شهادة المضمون عنه اما العدم [illegible] او للتهمة [illegible] فالقول قول المضمون له لما تقدم والمراد انه لو لم يكن بينة غيره [illegible] يرجع على الضامن بالحق [illegible] مرة ثانية بالنسبة الى زعم الضامن [illegible] المضمون له [illegible] المال وانما يرجع الضامن على المضمون عنه بالاداء [illegible] سواء [illegible] الاداء الثاني ظلم [illegible] وموافقة المضمون عنه له [illegible] ولا يخفى انه [illegible] بمساواة الاول [illegible] والا رجع باقل الامرين لانه لا يستحق الرجوع بالزائد على الحق **قوله** ولو لم يشهد المضمون عنه رجع الضامن بالاداء الحيلة لانه لم يثبت ظاهرا اداؤه سواء هذا اذا لم يرد على الاداء [illegible] الارجع بالاقل من الثلثة [illegible] الاقل [illegible] ثانيا فلانه لم يثبت ظاهرا سواه وان كان الاقل هو الحق فلانه انما يرجع بالاقل من المدفوع والحق [illegible] شهادة المضمون عنه [illegible] بالدفع الاول وانه لم يشهد لما ذكر من الوجه [illegible] ولم يشهد [illegible] الحكم [illegible] لشاهد عدم الشهادة [illegible] **قوله** اذا ضمن مريض في مرضه ومات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الاصح [illegible] ان يكون الاصح [illegible] منجزات المريض هل هي من الاصل او من الثلث [illegible] هل يعد من التبرعات [illegible] الحكم [illegible] من الاصل وان لم يكن [illegible] من الثلث [illegible] فانه يخرج من الاصل [illegible] **قوله** اذا كان الدين مؤجلا [illegible] فقد تقدم الكلام [illegible] ذلك وان الاقوى [illegible] **قوله المقصد الثاني في الحوالة** الحوالة عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله [illegible] الحوالة عقدا [illegible] العقد كما سبق [illegible] ناقلة للمال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ومنه سميت حوالة [illegible] بالحوالة على البريء [illegible] المحيل [illegible] لا يجوز [illegible] الحوالة [illegible] المتفق [illegible] التعريف [illegible] يتحول فيه من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن [illegible] **قوله** ويشترط فيها رضا المحيل والمحال عليه والمحتال [illegible] رضا المحيل والمحتال [illegible] في ذمة المحيل فلا يلزمه نقله الى ذمة اخرى الا برضاه واما المحال عليه فاشتراط رضاه هو المشهور [illegible] الشيخ [illegible] لا [illegible] بالحوالة [illegible] الناس في الاقتضاء والاستيفاء سهولة وصعوبة [illegible] نقل المال من ذمة

المحيل الى ذمة [illegible] يتوقف على رضاه ولاصالة [illegible] الحق في ذمة المحال عليه [illegible] المحيل [illegible] المحتال [illegible] في القبض [illegible] الحوالة [illegible] الى رضا من عليه الحق كالوكيل [illegible] ذكرناه واختلاف الناس في الاقتضاء [illegible] لا يمنع من مطالبة المستحق [illegible] المتوقف على رضاه محل [illegible] النقل [illegible] في ذمة الغير [illegible] الاستيفاء [illegible] اتفاق الجميع [illegible] المحال [illegible] رضا المحال عليه [illegible] المعاوضة [illegible] رضا المتعاوضين [illegible] عدم اشتراط رضاه [illegible] والاقوى [illegible] المحال عليه [illegible] رضا الاخرين [illegible] العقود اللازمة [illegible] الايجاب والقبول [illegible] من المحيل والقبول من المحتال [illegible] اللفظ [illegible] رضا المحال عليه [illegible] [illegible] اعتبار رضاه [illegible] الوكالة [illegible] المحيل [illegible] اعتبار رضا المحيل [illegible] المحال عليه [illegible] رضا المحيل [illegible] العبارة [illegible] المحال عليه [illegible] الدين الذي له على فلان على نفسي [illegible] رضا المحال والمحال عليه [illegible] العقد [illegible] رضا المحال عليه [illegible] العقد [illegible] **قوله** ومع تحققها يتحول المال الى المحال عليه ويبرأ المحيل وان لم يبرأه المحتال على الاظهر [illegible] الحوالة [illegible] المال [illegible] من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه [illegible] الحوالة مشتقة من التحول [illegible] الضمان [illegible] المحال [illegible] الدلالة [illegible] الشيخ وجماعة استنادا الى رواية عن الباقرين [illegible] في الرجل يحيل الرجل بالمال كان له على رجل [illegible] قال اذا ابرأه فليس له ان يرجع عليه وان لم يبرأه فله ان يرجع على الذي احاله [illegible] الرجوع على المحيل اذا لم يبرأ [illegible] الابراء كناية عن قبول المحتال الحوالة [illegible] **قوله** ويبطل [illegible] وهكذا القول [illegible] الرجوع [illegible] العقد [illegible] **قوله** [illegible] الاشبه [illegible] الحوالة [illegible] استيفاء [illegible] المحتال [illegible] بالضمان [illegible] نقل المال من ذمة مشغولة الى ذمة [illegible] المحال عليه [illegible] الحوالة قطعا [illegible] **قوله** واذا احال على الملي [illegible] القبول [illegible] لان الواجب اداء الدين [illegible] نقل الدين من ذمة الى [illegible] **قوله** [illegible] التعدد للاستيفاء [illegible] بسبب [illegible]

اما لو قبل الحوالة جاهلا بحاله ثم بان فقره وقت الحوالة كان له الفسخ والعود على المحيل لا فرق في ذلك بين ان [illegible] العقد [illegible] ومنه لرواية منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام [illegible] والمراد بالفقر هنا الاعسار [illegible] المعنى المتعارف [illegible] المعتبر في الدين [illegible] لم يكن [illegible] الاعسار فلا خيار [illegible] الخيار [illegible] المحتال [illegible] الخيار [illegible] **قوله** واذا احال بما عليه ثم احال المحال عليه [illegible] الحوالة [illegible] الاولى لاجتماع شرائط الصحة [illegible] الثانية [illegible] ذمة المحال عليه [illegible] المحال عليه [illegible] بكر [illegible] **قوله** واذا قضى المحيل الدين بعد الحوالة فان كان بمسألة المحال عليه [illegible] المحال عليه [illegible] لما كانت الحوالة ناقلة للمال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه [illegible] المحتال [illegible] **قوله** ويشترط في المال ان يكون معلوما ثابتا في الذمة [illegible] بالمعلوم [illegible] المحيل [illegible] الحوالة [illegible] استيفاء [illegible] الثابت في الذمة [illegible] الحوالة [illegible] المحال عليه [illegible] الثابت [illegible] البيع [illegible] **قوله** سواء كان له مثل كالطعام او لا مثل له كالعبد [illegible] **قوله** ويشترط تساوي المالين جنسا ووصفا [illegible] المحال عليه [illegible] حقيقة الحوالة [illegible] ذمة المحال عليه [illegible] المحال عليه [illegible] المعاوضة [illegible] المحال عليه [illegible] الحوالة [illegible] استيفاء [illegible]

بعينه التقابض [illegible] البيع [illegible] الحوالة [illegible] المحال عليه [illegible] في ذمة المحيل [illegible] بعدم جواز الحوالة على البريء [illegible] بعدم اعتبار رضا المحال عليه [illegible] المحال [illegible] المحال عليه [illegible] **قوله** ولو [illegible] المحال عليه [illegible] المحيل [illegible] المحال عليه [illegible] المحيل [illegible] المحيل على المحال عليه [illegible] فالقول قوله مع يمينه [illegible] المحال عليه [illegible] الدين [illegible] المحال عليه [illegible] **قوله** ويصح الحوالة بمال الكتابة بعد حلول النجم وهل يصح قبله قيل لا [illegible] الحوالة بمال الكتابة [illegible] **قوله** ولو باع السيد [illegible] **قوله** ولو كان له على اجنبي دين فاحال عليه بمال الكتابة [illegible] المحال [illegible] السيد [illegible] المكاتب [illegible] الحوالة [illegible] المحال عليه [illegible] ثابت

ولو كانت الحوالة بمعنى الكفالة كان يبني له ان يقبض البعض حتى لو قبض سقط عن المكاتب ولم يبطل الكتابة **قوله** اذا قال احلتك عليه فقبض فقال المحيل قصدت الوكالة وقال المحتال انما احلتني الى قوله وفيه تردد يرجع هذا الاختلاف الى ان لفظ الحوالة التي اتفقوا على استعمالها بينهما هل قصد معناها المتعارف هنا او معنى الوكالة بحسب ان الوكالة من العقود الجايزة التي لا يختص بلفظ بل يكفي فيها ما دل على الاذن فيها وكل منهما يدعي ان لفظ الحوالة الاصلح له ووجه تقديم قول المحيل ما ذكره المصنف انه اعرف بلفظه اي بالمقصود من لفظه اذ لا نزاع بينهما في اللفظ انما النزاع في مدلول اللفظ والمقصود منه والانسان اعرف بقصده من غيره بل هو مختص به ولان ذلك اللفظ لا يعرف الا من قبله فيكون قوله مقدما فيه بيمينه وبعضهم ايضا اصالة بقاء حق المحيل في ذمة المحال عليه واصالة بقاء حق المحتال على المحيل ووجه التردد ما ذكره من ان دلالة اللفظ ظاهرا على الحوالة واحتياج دلالته على الوكالة الى القرائن والاصل عدمها ويدل بان لفظ الحوالة حقيقة في العقد المخصوص ومجاز في الوكالة واللفظ انما يحمل على حقيقته دون مجازه حيث لا الاعراض والحمل لو اريد به الحقيقة مع عدم نصب قرينة عليه والظاهر كذلك فهو قول المحيل مخالف للاصل فلا يسمع ومنعه من الاصلين الاخيرين فقد زال بالحوالة الصادرة بينهما التي الاصل فيها الحقيقة والعقد وهذا التوجيه حسن لو سلمنا كون الحوالة مجازا في الوكالة لكنه محل نظر لان الوكالة لما كانت تتحقق بكل لفظ يدل على الاذن بطريق الحقيقة وكانت الحوالة مؤدية لذلك لان معنى احلتك كما يحتمل ارادة تحويل المال من ذمة الى ذمة يحتمل ارادة تحويل المطالبة من المحيل الى المحتال فيفاد به التسليط على المحال عليه او نقول ان دلالتها على الاذن للمحتال حاصلة على التقديرين وانما الكلام في المعنى الزائد على الاذن وهو تحويل الحق وكون المراد منها هو الحوالة بالمعنى المتعارف فظهر انه لا شبهة حينئذ لكنه لا يدل على مجازيته في الاخر لجواز كونه من باب المشترك الذي يراد منه احد معانيه بقرينة فيرجع الامر الى انه هل هو من باب الحقيقة والمجاز او من باب المشترك الذي دلت القرائن على ارادة احد معنييه ويظهر الفائدة في كون الفرد الاخر حقيقة او مجازا وبواسطة ذلك يختلف الحكم كما سبق تقريره فان قيل المتبادر من معنى لفظ الحوالة عند الاطلاق هو المعنى المتعارف لها ولا يفهم منه ارادة الوكالة الا بانضمام قرائن خارجية فيدل على كونها حقيقة في معناها المذكور دون الوكالة لما تقرر في الاصول من ان ذلك من علامة الحقيقة والمجاز قلنا هذه العلامة لا تنفي الاشتراك لانه مع وجود قرينة تعين احد معانيه يتبادر الى الذهن ارادته مع عدم كون الاخر مجازا ايضا ومع عدم قرينة معينة لا يتبادر احدهما فلم يصح على هذا ان يكون الاطلاق عليها بطريق المجاز كما ان اطلاقه على المتبادر اليه بطريق الحقيقة ايضا وهو في قوله ان من قال لغيره اشتريت بالعين يتبادر الى الذهن قطعا انه لا يريد به عين الركبة ولا الباصرة مع ان اطلاق العين عليهما بطريق الحقيقة ثم يحتمل انه يريد به ما قابل الدين فيحتمل انه اعيان الاموال ويحتمل ان يريد به الذهب فيخرج غيره من الاعيان ويحتمل الدين كذلك ذهبنا تاكيد عدم المبادرة الى احدهما مع انهما حقيقتان فيه ثم لو ضم الى اللفظ الامر السابق قوله لا من الدين يتبادر الى الذهن ارادة المعنى الاول من المعنيين ومع ذلك لا يدل على ان اطلاقه على الباقي بطريق المجاز وح فاطلاق الاصوليين كون ذلك من علامات الحقيقة والمجاز يحتاج الى التنقيح وقد نبه له بعض الاصوليين فان قيل الحوالة حقيقة شرعية في العقد المخصوص واطلاقها على الوكالة انما هو بطريق اللغة واذا تعارضت الحقيقتان فالشرعية مقدمة وبعضهم ايضا دلالة العرف على ارادة المعنى الشرعي والعرفية مقدمة على اللغوية قلنا لا نسلم ان اطلاقها على الوكالة انما هو بطريق الشرع لان الوكالة لما كانت شرعا حقيقة في الاذن في التصرف كيف اتفق وباي لفظ دل عليه كما هو شان العقود الجايزة وكانت الحوالة دالة عليه فاطلاقها عليه اذا اراده باللفظ يكون بطريق الحقيقة الشرعية وان وافقها مع ذلك اللغة وترجيح الشرع والعرف المعنى المتعارف من الحوالة يقتضي ترجيح احد معنيي المشترك وهو لا يخرج الفرد الاخر من الحقيقة فان قيل

لن

٨٦

سلمنا الكون ذلك اذا لم يثبت الاشتراك بعد تسليمه فلا يتم الترجيح واذا ثبت ذلك فدعوى المحيل ارادة الوكالة تكون دعوى لارادة بعض افراد الحقيقة الا ان مخالفتي الظاهر ودعوى المحتال الحوالة موافقة ولكن يجد لا يدفع الاصلان المتقدمان وهما اصالة بقاء حق المحيل وحق المحتال انما ينتفيان لو كانت الحوالة مجازا في الوكالة كما سلف لما اذا كانت حقيقة فيها فلم يقع ما يرفع ذينك الاصلين لكن يرجع الامر الى تعارض الاصل والظاهر فان قدمنا الاول كما هو الراجح في استعماله فالقول قول المحيل كما اختاره المصنف وجماعة وان قدمنا الظاهر فالقول قول المحتال كما لو جعلناها مجازا في الوكالة ويتحقق التوجيهان وبعد ذلك كله فالقول بتقديم قول المحتال قوي لما مر من اصالة الحقيقة او لقوة هذا الظاهر حتى يكاد يلحق بها وقد رجح الظاهر في موارد لا يقصر هذا عنها او لتساقط الامرين فيحكم له بملك ما تحت يده لان الاصل في اليد الملك وبهذا ظهر فائدة تقييد التنازع المذكور بكونه بعد القبض فقول بعضهم ان الاختلاف قبل القبض وبعده لا يختلف فرقا ليس بجيد وانما يتجه عدم الفرق لو سلم ان الحوالة مجاز في الوكالة فاذا اطلقت حملت على الحقيقة فتعين قبول قول المحتال لانه صار مالكا سواء قبض ام لم يقبض **قوله** اما لو لم يقبض واختلفا فقال احلتني فقال بل وكلتك فالقول قول المحيل قطعا الكلام هنا متفرع على ما سبق فان قلنا ان لفظ الحوالة مجاز في الوكالة فعدم الفرق واضح والقطع ممنوع بل الرجحان بما تقدم وتقديم قول المحتال لاتفاقهما على وقوع اللفظ الناقل للملك فلا يقدح دعوى المجاز والا التوجه في كل عقد يدعى في لفظه ارادة غير معناه الحقيقي وهو باطل وان جعلناها حقيقة في الوكالة ايضا تعارض الاصل والظاهر ولا ترجيح من جهة القبض كما تقدم فيمكن ان يكون قطع المصنف من جهة ترجيح الاصل لانه الغالب معتضد لما سبق واصالة عدم ملك المحتال لما في يده واما توجيه الفرق بان الحوالة استيفاء والاستيفاء انما يتم الملك بالقبض فقبله لا يتحقق الملك فيكون الاختلاف قبل القبض في استحقاق اصل ملك المحيل حين الاختلاف فليس بسديد لان الحوالة وان جعلناها استيفاء نقول انها ناقلة [illegible] لان الحوالة فيه النقل والملك وان لم يحصل القبض اجماعا حتى لو اراد المحيل بعد الحوالة وقبل القبض دفع البدل لم يملك ذلك بدون رضا المحتال اذا تقرر ذلك فنقول ان قدمنا قول المحتال فالحكم واضح فان كان قبض برئت ذمة المديون من مقدار المال لاحد [illegible] مقداره وذمة المحال عليه ان كانت مشغولة له ثبوت الحوالة ظاهرا وان لم يقبض [illegible] هذا اذا حلف وان نكل حلف المديون وبطلت الحوالة وان قدمنا قول المحيل ولم يكن المحتال قد قبض بطلت وكالته بانكاره وحوالته بحلف المديون وله ان يطالب المديون بحقه [illegible] لاحق له على المديون [illegible] وان حقه على المحال عليه وان كان قد قبض وكان المقبوض باقيا فعليه تسليمه للمحيل وله مطالبة المحيل بحقه لانه ان كان وكيلا فحقه باق على المديون وان كان محتالا فقد استرجع المحيل ما اخذه ظلما فله الرجوع عليه [illegible] حيث ترجح احتمال عدم مطالبة المديون لاعترافه ببراءته [illegible] ثانيا ولو كان المقبوض تالفا فان كان تلفه بتفريط فعليه بدله للمحيل ويرجع عليه كامر وان كان بغير تفريط ففي ضمانه له وجهان احدهما عدم الضمان لانه اما وكيل بزعم المحيل فلا يضمن المال اذا لم يفرط او محتال [illegible] والثاني الضمان لانه وان كان وكيلا لكن ظاهر الان قبض المال لنفسه والوكيل يضمن بذلك لانه خيانة وعلى الاول ليس له مطالبة المحيل بحقه وان كان المحيل بزعم بقاءه لاعتراف المحتال باستيفاء حقه بزعمه **قوله** ولو انعكس الفرض فالقول قول المحتال فان قال المديون بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة قصدت الحوالة وقال المحتال بل وكلتني فيقدم هنا قول مدعي الوكالة وهو المحتال بيمينه لاصالة

بقاء الحقين السابقين والمدعي المحيل يدعي خلافهما وانتقالهما فكان عليه البينة [illegible] المحال عليه عنه وتوجيه هذا الحكم كما سبق اعتراضا وجوابا [illegible] الحقيقة ونقول هنا ان قدم قول المحتال وحلف فان لم يكن قبض المال فليس له قبضه لاندفاع الحوالة بيمينه والوكالة [illegible] وكان له مطالبة المحيل بحقه وهل للمحيل الرجوع على المحال عليه وجهان من اعترافه بتحول ما كان عليه الى المحتال ومن ان المحتال ان كان وكيلا فاذا لم يقبض بقي حق المحيل وان كان محتالا فقد ظلم المحيل باخذ المال منه وما على المحال عليه حقه [illegible] وان كان قد قبض المال فقد برئت ذمة المحال عليه على التقديرين ثم ان كان المقبوض باقيا [illegible] ما اخذها [illegible] وان كان تالفا فان كان بتفريط ضمنه [illegible] وان لم يكن بتفريط لم يضمنه [illegible] ظاهرا ويده يد امانة ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في اثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان لان يمينه انما كانت على نفي ما يدعيه المحيل لا على اثبات ما يدعيه وان قدمنا قول مدعي الحوالة حلف وبرئ من دين المحتال وكان للمحتال مطالبة المحال عليه اما بالحوالة او بالوكالة [illegible] واعلم ان محل البحث [illegible] لفظ الحوالة ما يحتمل الوكالة كما لو قال احلتك بالمائة التي لك على بالمائة التي لي على زيد فان هذا لا يحتمل الا حقيقة الحوالة فالقول قول مدعيها قطعا لامتناع ارادة المجاز والفرد المرجوح ولو لم يتفقا على جريان لفظ الحوالة بل قال احلتك فقال بل وكلتني او بالعكس فالقول قول منكر الحوالة قطعا لاصالة عدمها من غير معارض **قوله** اذا كان له دين على اثنين كل منهما كفيل لصاحبه وعليه لاخر مثل ذلك فاحال عليهما صح وان حصل الرفق في المطالبة لا بد قبل تحقيق الحكم في هذه المسألة من تقرير مقدمة تبنى عليها وهو ان الضمان عندنا ناقل للمال من ذمة المضمون الى ذمة الضامن لا ضم ذمة الى ذمة كما يقوله المخالفون بمعنى الضم كما سمعته غير مرة ومع هذا فلو كان لشخص على اثنين دين ولنفرضه كما فرضه الشيخ ره الفا على كل واحد خمسمائة فاذا كفل كل واحد منهما صاحبه اي ضمن ما عليه فلا يخلو اما ان يقترنا او يتلاحقا وعلى التقديرين اما ان يجيز المضمون له الضمانين او احدهما او لا يجيزهما فان لم يجز [illegible] وان اجاز الضمانين وكانا متلاحقين اجتمع الجميع في ذمة الاخير وان كانا مقترنين انتقل ما في ذمة كل واحد منهما الى ذمة الاخر وبقي الامر كما لو لم يجزهما في استحقاقه في ذمة كل واحد خمسمائة وان اجاز احدهما خاصة صار الجميع في ذمة من اجاز ضمانه [illegible] الالف ثم لو احال [illegible] من كل واحد خمسمائة لعدم تاثير الضمان في هذه الحيثية واما من جعله ضما فاختلفوا هنا فبعضهم منع من هذه الحوالة لانه لا يكن له الا مطالبة واحد منهما فلا يستفيد بالحوالة زيادة كما لا يستفيد زيادة قدر وصفة وبعضهم جوزها لذلك للاصل ولعدم اعتبار هذا الارتفاق في المنع كالحوالة على من هو املى منه واحسن وفاء اذا تقرر ذلك فالشيخ ره ذكر هذه المسألة في المبسوط وحكم فيها بعدم الصحة معللا بما ذكرناه من زيادة الارتفاق وهذا لا يتم الا على القول بان الضمان بمعنى الضم كما قد بيناه اذ على تقدير النقل لم يستفد زيادة ارتفاق بل يبقى الحكم كما كان ومع ذلك فهو ممنوع لان هذا الارتفاق لا يصلح للمانعية والمعروف من مذهبنا هو النقل فالبحث ساقط والمصنف وافق الشيخ على تصوير المسألة الذي لا يتم الا على القول بالضم وهو لا يقول به وخالفه في الحكم وحكم بالصحة معللا على ان الرفق المذكور [illegible] وان حصل الرفق في المطالبة [illegible] لم يذكر المسألة الا [illegible] التفريع والتنبيه على

ان حكم

٩٠

ان ما حكم به الشيخ لا يتم وان [illegible] الى ان زيادة الرفق لا يمنع كالحوالة على من هو املى [illegible] واما ذكر الشيخ لها ومنعه منها بناء الى كونه بمعنى الضم اذ لا يتم الا عليه والمصنف قد لوح في المسألة بالخلاف فيما سبق في موضعين احدهما قوله على قول مشهور لنا والاخر في ابطال الضمان [illegible] المال كما نبهنا عليه في الموضعين ويمكن ان يكون الشيخ ره فرع على مذهب المخالفين وان لم يشر اليه فقد اتفق ذلك في المبسوط كثيرا **قوله** اذا احال المشتري البائع بالثمن ثم رد المبيع بالعيب السابق بطلت الحوالة لانها تابعة للبيع وفيه تردد ومنشاء التردد من ان الحوالة تابعة للبيع فاذا بطل البيع بطلت لاستحالة وجود التابع من حيث هو تابع بدون متبوعه وهو مختار الشيخ ومن ان الحوالة ناقلة للمال الى ذمة المحال عليه بحالة كون المحتال مستحقا للدين في ذمة المشتري فلا يزيله الفسخ المتعقب لانه لا يبطل العقد من اصله [illegible] الحوالة هنا استيفاء ما على المحيل نظرا الى عدم اشتراط القبض فيها ولو كان الحقان من الاثمان وتحقق براءة ذمة الاخر بمجردها ولانها لو كانت اعتياضا لما كانت بيع دين بمثله [illegible] وهو معنى الاعتياض فح الاول يبطل لانها نوع ارتفاق واذا بطل الاصل بطلت هيئة الارتفاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فاعطاه صحاحا ثم فسخ فانه يرجع بالصحاح وعلى الثاني لا يبطل كما لو اعتاض البايع عن الثمن ثوبا ثم فسخ فانه يرجع بالثمن لا بالثوب ولا فرق في ذلك بين كون الرد بالعيب بعد قبض المبيع وقبله ولا بين ان يتفق الرد بعد قبض المحتال الثمن من المحال عليه وقبله ولا بين الفسخ بخيار العيب وغيره من انواع الخيار والاقالة والفسخ بالتحالف ونحوها مما لا يبطل البيع من اصله [illegible] مثلوا بالعيب تبعا لمن فرض المسألة وكذا لا فرق [illegible] الفسخ كالعيب قبل القبض وقبل انقضاء الثلاثة في الحيوان **قوله** فان لم يكن البايع قبض المال فهو باق في ذمة المحال عليه للمشتري وان كان قبضه فقد برئ المحال عليه ويستعيده المشتري من البايع [illegible] على القول ببطلان الحوالة [illegible] البايع المحتال ان لم يكن قد قبض المال لم يكن له قبضه لبطلان الحوالة فيبقى في ذمة المحال عليه للمشتري كما كان فلو خالف البايع وقبض بعد ذلك لم يقع عنه لبطلان الحوالة وهل يقع للمشتري [illegible] بطلان الحوالة فيتبعها الاذن في القبض [illegible] الضمني لا يبطل ببطلان ما كان في ضمنه [illegible] والشركة والوكالة والاول اقوى والفرق ان الحوالة ينتقل الحق الى المحتال فاذا [illegible] الحوالة ملك قبضه لنفسه [illegible] بالاذن بخلاف الوكالة والشركة فان القبض فيهما للمالك فاذا ابطل خصوص الاذن جاز ان يبقى عمومه مع ان في بقاء الاذن الضمني فيهما ايضا نظرا لامتناع بقاء المعنى الضمني بعد ارتفاع المطابقي [illegible] وان كان قد قبض المال من المحال عليه [illegible] فللمشتري مطالبته ثم ان كان موجودا اخذه وان كان تالفا [illegible] وان تلف بغير تفريط لانه قبضه عن الثمن فيكون مضمونا عليه ولو قلنا بعدم بطلان الحوالة وكان قد قبض [illegible] المحال عليه رجع المشتري على البايع ولا يتعين حقه فيما قبضه وان لم يكن البايع قد قبض فللمشتري الرجوع عليه قبل القبض لان الحوالة كالمقبوض [illegible] لعدم وجود حقيقة القبض وان وجد ما هو بمعناه في بعض الاحكام **قوله** اما لو احال البايع اجنبيا بالثمن على المشتري ثم فسخ المشتري بالعيب او بامر حادث لم يبطل الحوالة لانها تعلقت بغير المتبايعين فاشار بالتعليل الى الفرق بين حوالة المشتري البايع وحوالة البايع الاجنبي على المشتري فان الحق في الاول كان مختصا بالمتبايعين بسبب المبيع فاذا ابطل السبب بطلت التوابع بخلاف حوالة الاجنبي فانها لا تبطل وان حكم بالبطلان ثم لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين حيث ان الثمن صار مملوكا للمحتال الاجنبي

قبل الفسخ العقد ونقل الشيخ هنا الاجماع على عدم البطلان ولا فرق بين ان يكون المحتال قد قبض ام لا لان الناقل للملك هو
الحوالة لا القبض ويحتمل ضعيفا البطلان هنا ايضا لان استحقاق المحتال فرع استحقاق المحيل فاذا بطل حق المحيل بطل تابعه
ووجه ضعفه انه تابع من حين الحوالة لا بعده لانه قد ملك حين وقعت بغير معارض **قوله** ولو ثبت بطلان البيع بطلت
الحوالة في الموضعين اي في موضع احالة المشتري البايع واحالة البايع الاجنبي على المشتري حيث يحكم بصحة الحوالة فرع ثبوت الثمن
للبايع على التقديرين فاذا تبين بطلان البيع من اصله ظهر عدم استحقاق البايع في نفس الامر شيئا في ذمة المشتري وفي الحقيقة
الحوالة وقعت في نفسها باطلة لا انها بطلت لظهور بطلان البيع وانما كشف ظهور بطلانه عن بطلانها من راس فان كان
البايع او المحتال لم يقبض فليس له القبض وان كان قد قبض رجع المشتري عليه وله الرجوع على البايع ولو كان القابض تلف
لانه قد ادفاه للمحتال اعادة ذمته فقبضه منه حق اليه وليس للمشتري الرجوع على المحال عليه بعد القبض **المقصد
الثالث في الكفالة** ويعتبر رضاء الكفيل والمكفول له لما كانت الكفالة من جملة العقود اللازمة فلا بد من وقوعها بين
اثنين ولو حكما ورضاهما بذلك وعدد الكفالة على ثلثة كفيل وهو هنا بمعنى الفاعل وان كان بصيغة المفعول ايضا الكفيل اطلقوا
على صيغة الفاعل وتخصيص المكفول باسم المفعول ومكفول له وهو صاحب الحق ومكفول به وهو من عليه الحق او الدعوى
فلا بد من رضى اثنين منهم ليتم العقد والكفيل والمكفول له يعتبر رضاهما اما الاول فواضح لان الانسان لا يصح ان يلزمه الحق الا
برضاه واما الثاني فلانه صاحب الحق ولا يجوز الزامه شيئا بغير رضاه وبهما يتم العقد واما المكفول فلا يعتبر رضاه لوجوب
الحضور عليه متى طلبه صاحب الحق بنفسه او وكيله والكفيل بمنزلة الوكيل حيث يامره باحضاره وغاية الكفالة حضور المكفول
حيث يطلب وهذا هو المشهور بين علمائنا وعليه الشيخ رحمه الله في المبسوط انه لا بد من رضاه لانه اذا لم ياذن فيها او لم يعلم بها لم يلزمه الحضور
مع الكفيل فلم يتمكن من احضاره فلا يصح كفالته لانها كفالة بغير المقدور عليه وهذا الاجلاء والضمان لا لامكان يوفاه من ماله
بغير اذنه ولا يمكن ان ينوب عنه في الحضور وتبعه ابن ادريس وقواه في التذكرة وهو ضعيف لانه مبني على عدم وجوب الحضور بغير
رضاه وهو ممنوع لان المستحق متى طلبه وجب عليه الحضور وان لم يكن مكفولا اجماعا وفائدة الكفالة ترجع الى الزام الكفيل باحضاره
حيث يطلبه المكفول له فلا يطلبه سيده وبيقصه يمن وكيله وان لم يطالبه لانه غير الحق بعد ان كان برضاه او لا تقرره لك فعل المولد
بلا مسابقة رضاه ليس هو على حد رضا الاخرين لان رضاهما لا بد معه من اقترانه بالايجاب بالقبول الصادرين منهما على وجهها اما المكفول له
فيكفي رضاه بذلك كيف اتفق متقدما او متاخرا او مقارنا كالاجازة رضا الفضولي **قوله** ويصح حالة ومؤجلة على الاظهر وهذا هو
الاصل ولان الحضور حق شرعي فلا يمنع الحلول واشترط الشيخ رحمه الله وجماعة فيها الاجل كالضمان وهو ضعيف **قوله** واذا اشترط الاجل
فلا بد ان يكون معلوما وهذا موضع وفاق ولان الاجل المجهول يوجب الغرر اذ ليس له وقت يستحق فيه المطالبة كغيره من الاجال وفيه تنبيه
على خلاف بعض العامة حيث اكتفى فيه بالاجل المجهول لاشتمالها على التبرع فيتسامح فيها كالعارية وفساده ظاهر لان العارية غير لازمة
فلا يقدح فيها الاجل المجهول لجواز المطالبة بالمسامحة في الاحوال وان كان معلوما **قوله** فان سلمه تسليما تاما فقد برئ وان امتنع كان له
حبسه حتى يحضره او يؤدي ما عليه والمراد بالتسليم التام ان يكون في الوقت والمكان المعين ان عيناهما في العقد او في بلد العقد مع
الاطلاق ولا يكون للمكفول له مانع من تسلمه بان لا يكون في يد ظالم ولا متغلب يمنعه منه ولا في حبس ولا في موضع لا يتمكن من وضع يده
عليه لقوة المكفول وضعف المكفول له ونحو ذلك فاذا سلمه كذلك فقد برئ من عهدته فان لم يتسلمه منه فليكن تسليمه الى الحاكم ليسلمه
اليه ويبرئ ان يشهد او لم يكن شهد عدلين باحضاره الى المكفول له وامتناعه من قبضه والاقوى الاكتفاء بالاشهاد وان قدر على الحاكم

الحاكم
لان مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى من ينوب عنه من حاكم وغيره هذا اما يتعلق بالكفيل او بذل المال او الممتنع من التسليم التام الزم
به فان ابى حبسه حتى يحضره او له عقوبته عليه كما في كل ممتنع من اداء الحق ثم ان سلمه بعد ذلك فلا كلام وان ابى وبذل ما عليه
فظ
الى الاكتفاء به برائته وعليه الشيخ وجماعة لحصول الغرض من الكفالة وهذا على تقدير تمامه انما يصح فيما يمكن اخذه من الكفيل
كالمال فلو لم يكن كالقصاص وزوجية المراة والدعوى بعقوبة توجب حدا او تعزيرا فلا بد من الزامه باحضاره مع الامكان
لم يكن له بدل الا المال والبدل كالدية في القتل وان كان مهر المثل في الزوجية وجب عليه البدل وذهب جماعة من الاصحاب منهم العلامة
في التذكرة الى انه لا يتعين على المكفول له قبول الحق بل له الالزام بالاحضار مطلقا لعدم انحصار الاغراض في اداء الحق فقد يكون له
غرض لا يتعلق بالاداء او بالاداء من الغريم لا من غيره خصوصا فيما له بدل اضطراري لا عين الحق الذي يتعلق الغرض غالبا
بحصوله وهذا هو الاقوى واذا تعذر ذلك الضمان وغرم المكفول له بالمال واداه الكفيل فان كان قد كفل باذن الغريم واداه
باذنه وان كان قد كفل بغير اذنه رجع عليه مع تعذر احضاره لان الكفالة ليست بالمال فيكون كالمتبرع وان تعذر عليه احضاره رجع
عليه مع اذنه في الكفالة وتبد رجوعه مع عدمها تعذرا وظاهرهم انه يرجع عليه ايضا والفرق بين الكفالة والضمان في رجوع من ادى بالاذن
هنا وان كفل بغير الاذن بخلاف الضمان ان الكفالة لم تتعلق بالمال بالذات فيكون حكم الكفيل بالنسبة اليه حكم الاجنبي فاذا اداه باذن
من عليه فله الرجوع بخلاف الضامن لانتقال المال الى ذمته بمجرد الضمان فلا ينفعه بعد ذلك الاذن في الاداء لانه كالاذن للاجنبي المديون
في اداء دينه واما الاذن له في الكفالة ولم ياذن له في الاداء مع تعذر الاحضار فان ذلك من لوازم الكفالة فالاذن في الكفالة اذن
في لوازمها **قوله** ولو قال ان لم احضره كان علي كذا لم يلزمه الا الاحضار دون المال ولو قال علي كذا الى كذا ان لم احضره وجب عليه
شرطه من المال هذه المسئلة ذكرها الشيخ رحمه الله في النهاية وتبعه عليها القوم وجماعة من الاصحاب ومستندهم في ذلك رواية داود بن الحصين
عن ابي العباس عن الصادق عليه السلم قال سألته عن الرجل يكفل بنفس الرجل الى اجل فان لم يات به فعليه كذا وكذا درهما قال ان جاء به
الى الاجل فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه ابدا الا ان يبدأ بالدراهم فان بدأ بالدراهم فهو لها ضامن ان لم يات به الى الاجل الذي
اجله وفي رواية اخرى في طريقها ابان بن عثمان عن ابي العباس قال قلت لابي عبد الله عليه السلم رجل كفل لرجل بنفس رجل فقال
ان جئت به والا فعلي خمسمائة درهم قال عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم فان قال علي خمسمائة درهم ان لم ادفعه اليه
فقال يلزمه الدراهم ان لم يدفعه اليه وانما ذكرنا الروايتين لترتب عليهما الكلام في حكم المسئلتين والفرق بينهما وقد عرفت
مما ان قول المصنف في الثانية لزمه المال ليس بجيد بل يجب تقييده باعتبار الرواية بقوله ان لم يحضره وهو كذلك الشيخ رحمه الله مع
ذكره للروايتين في باب ذكر المسئلتين كما ذكره المصنف ولزم المال في الثانية من غير قيد تبعه المصنف هنا والعلامة في غيره وقد
وقد تنبه المصنف لذلك في غيره فقال كان ضامنا للمال ان لم يحضره في الاجل وكذلك ذكره في التذكرة وهذا مما يتعلق بحكم المسئلة
والتفصيل فيها ثم يبقى الاشكال في الفرق بين المسئلتين بمجرد تقديم الجزاء على الشرط وتاخيره فان الكلام جملة واحدة في
الحكم لا يتم الا بآخره وان تاخر ما هو بحكم المتقدم الا ان الجماعة جمدوا على النص ومع ذلك لم يوفوا بقيوده كما عرفت وبقي الكلام
في المستند فان في سند الروايتين ضعفا وجهالة بعض رجالها فالاسناد اليهما في هذا الحكم المخالف للقواعد الشرعية والعربية
لا يخلو من اشكال ثم ان جماعة من الاصحاب لما تنبهوا لذلك اختلفوا في ذلك فجمد جماعة منهم على النص من غير تعرض لتعليل ولا التفات
الى المخالف وهو طريقة الشيخ ومتابعيه ومع ذلك لا يخلو من عدم صحة المستند كما قد علم ذلك من طريقة الشيخ رحمه الله
في بيته التي قد ذكر فيها هذه المسئلة فانه يذكر فيها ما وردت به النصوص مع ضعف كثير منها ولا يخفى ما في هذه الطريقة من الخطر

حضوصا في مثل هذا الحكم المخالف للاصول مع ضعف المستند ومنها ان الحكم في المسئلتين اجماعي ومع ذلك يخصص فلا يكون العدول عنه
بمجرد التباس الفرق بين الصيغتين وهكذا ذكره ابن فهد في المهذب وتبعه المحقق الشيخ علي في الشرح وفيه نظر لمنع الاجماع في
موضع النزاع فان احدا من الاصحاب لم يدعه والموجود في كلامهم في المسئلة جماعة يبرح والباقي كلا يرو فحكمهم فيها دعوى لا نقد
ذكرها العلامة في المختلف يحكي فيها كلام الشيخ ومن تبعه ثم قال وعندي في هذه المسئلة نظر ثم نقل فيها عن ابن الجنيد حكما يخالف
ما ذكره الشيخ والجماعة وقال ان كلام ابن الجنيد رحمه الله جيد وقد عرفت ان للمصنف وجماعة فيها قولين هنا وفي التابع والعلامة وجماعة فيها
او بعضها مذهبا كالسيتين فدعوى الاجماع فيها مثل ذلك عجيب ومنها ما فرق به ابن ادريس رحمه الله فقال انه يلزم في ضمان النفس حيث بدأ بها
ويلزم في ضمان المال حيث بدأ بضمانه وهو فرق بنفس الدعوى لا يحصل له فائدة قال المصنف في نكت النهاية ووجه ان الشرط متقدم
على المشروط طبعا فلحسن تقدمه وضعا ومنها ما ذكره الشيخ نجيب الدين من ان السر في لزوم المال اذا قدمه براءة ذمة المضمون عنه
فيمتنع الكفالة واذا قدم الكفالة كان الضمان المعقب لها لكونه معلقا على شرط باطلا ولمنافاته القصد صحت الكفالة وهذا
السر الذي اظهره ناش من كلام الفقهاء وما شابهها كالعبارة المتقدمة في الكتاب حيث اطلق لزوم المال في المسئلة الثانية وقد
عرفت انه في الرواية مشروط بعدم احضاره فيكون الكفالة ايضا صحيحة وان تاخرت عن ذكر المال هذا مع انه مع تقديم
المال قد جعل ضمانه مشروطا بعدم احضاره فكيف يقال ببراءة ذمة المضمون عنه حتى يمتنع كفالته وما هذا الا رجوع الى فرق ابن
ادريس رحمه الله الذي لم يجد نفعا ومع تقديم الكفالة فقد ذكر في الرواية انه ان جاء به في الاجل فليس عليه مال ومفهوم الشرط انه ان
لم يجئ به لزمه المال فدل بمفهومه على خلاف ما ذكره الجماعة واعلم من الفرق الآن لا يقولون بمفهوم الشرط وايضا فان المسئلة اعم
من كون المكفول عليه مال وغيره من قتل وحد وزوجية وغيرها مما لا يقبل الضمان وعلى تقدير المال فاحد الضامن عليه من كذا
في الاولى وضمانه في الثانية ومعناه في كلام الجماعة اعم من كونه مساويا للحق الذي على المكفول او زائدا او ناقصا وما ذكرته من
الجنس على القاعدة الذي ادعوه في بيان الفرق لا يتم الا في قليل من هذه الاقسام كما لا يخفى واعتبار السر العبارة التي ذكروها
في المسئلتين لغاية الحكم كفالة صحيحة شرعا وانما الموجود فيهما ضمان معلق على شرط متقدم او متاخر واما الكفالة فهي مجعولة له
شرطا ومجرد ذلك لا يكفي في عقد الكفالة ولو حمل انه اريد بذلك تقدير لحاصلها وتقدير مثل ذلك خارج عن مدلول كلام المسئلتين
ويبطل السر الذي ادعوه في الفرق بينهما وان اللفظ في الرواية فيمكن ان يستفاد منه كونه كفيلا كفالة صحيحة قبل ذكر الشرط وجزائه كما
يستفاد من قوله يكفل بنفس الرجل الى اجل فان لم يات به الى اخره فانه جعل الشرط معقبا للكفالة فرضا فلا بد من سبق كفالة
على ما ذكر في المسئلتين وهذا تقصير اخرى في عبارة الجماعة ثم يقال في دعوى الاجماع على هذا الحكم مع تعليله بالسر المذكور ان
الاجماع ان كان على الحكم الذي الحاصل ودعوى كون المال خاصة في الثانية فقد عرفت ان القائل به قد خالف في غير
في غير الكتاب حكما فخالف هذا الحكم وهو ان اللازم للكفالة ذات المال لا نفس الاداء لم يحقق وهو في الحقيقة من لوازم الكفالة
كما تقدم على بعض الوجوه لا دليل على صحة الضمان فكيف يحقق الاجماع على مسئلة قد خالف فيها مثل العلامة والمحقق وابن الجنيد
والشهيد رحمه الله ايضا فانه قيد لزوم المال بعدم احضاره في اللمعة وبعض ما حققه على المسئلة وان كان الاجماع وقع على الحكم مع
القيد بطل السر المذكور ومع ذلك يصير ما خلى عنه من العبارات مخالفا في الحكم وهو محل البحث في المسئلة ومنها ما نقله
فخر الدين عن والده انه حمل الرواية على انه التزم في الصورة الاولى بالدين عليه كما لو كان عليه دينار فقال ان لم احضره فعلي
عشرة دنانير مثلا فهنا لا يلزمه المال اجماعا لانه التزم بما ليس عليه اما في الثانية فانه التزم بما هو عليه وهو الدينار مثلا فكانه

قال علي الدينار الذي عليه ان لم احضره ولا يخفى بعد هذا الحمل عن الدلالة والمال في الصورتين المتفاوتين بل نقول مقتضى القول
العربية ان المال الذي في الصورتين واحد لانه قال في الرواية فعليه كذا وكذا درهما ثم قال الا ان يبدأ بالدراهم فاتى بها معرفة
ومن القواعد المقررة ان اللفظ اذا تكرر وكان الثاني معرفا فالمراد به هو الاول لحمل اللام على العهدية سواء كان الاول منكرا او معرفا
كما ارسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول ام معرفا كقوله ان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا ومن هنا قيل لن يغلب
عسر يسرين واما الرواية الثانية فالمال فيها في الصورتين متحد القدر وهو خمسمائة فلا يصح هذا الحمل على الروايتين ومع ذلك فيرد على
الحمل السابق في دعوى الاجماع على ان المراد هو ما المذكور وقال الاكثر هنا في الحمل في المسئلة غير ما سبق وقد تصدى للعلامة وحمل
هذه المسئلة اربعة احتمالات هذا احدها والثاني حملها على القواعد بلزوم المال في الثانية مطلقا والثالث في التحرير ولزوم
المال ان لم يحضره والرابع في المختلف بمذهب ابن الجنيد وهو قريب مما اختاره من التفصيل فاعرضنا عنه هنا ومنها ما ذكره العلامة
وقال ان المحسن لم يذكره احد من الاصحاب وهو ان المراد من الاولى الاتيان بصيغة الكفالة وتعقيبها بالالتزام بالمال ان لم ياتي به
وذلك يقتضي صحة الكفالة المتعقبة والمال ما يعدها من المال امر لازم للكفالة لما تقدم من ان مقتضاها الزام المال للكفيل ان
لم يات به واما الثانية فانها تشتمل على ضمان معلق على شرط والشرط متاخر ويكاد مبنية على جواز الضمان المعلق على شرط واولها
الضمان ثم يقوله علي كذا والشرط بعد ما شرطه فلا يلتفت اليه لانه كتعقيب الاقرار بالمنافي ولا يخفى ما في هذا الفرق من الفساد
خصوصا الكلام في الثانية وتحريره ان المال المذكور في الشرط اعم من كونه هو المضمون من الكفالة وغيره كما سبق تقريره وكونه
قد ذكر لازم الكفالة مطلقا ثم ان الحكم بصحة الضمان والغاء الشرط مع انصاله به وكون الكلام جملة واحدة لا يتم الا باخره
عجيب وقياسه على الاقرار عجيب لان صيغ العقود وكذا اذا علقت على الشروط الفاسدة يحكم بفسادها وان تاخر الشرط
اجماعا والاقرار خارج من البين من جهة انه اخبار لا انشاء والاجماع على انه اذا قرن بما يقتضي التعقيب فالرواية
ان الكفالة وقعت بصيغة تامة في الموضعين وبعضها ما ذكر من الاشتراط بدليل قوله رجل يكفل بنفس رجل ثم قسمها الى
القسمين فان التكفل اذا اطلق يحمل على معناه الشرعي وانما يتم بذكر لفظة يوجبه وقوله بعد ذلك وان لم يات به فعليه كذا وكذا
اما ان يحمل على كون المكفول عنده هو الحق المكفول لاجله على الاقوى بقرينة مقتضيات الكفالة وح فلا اشكال في الاولى لانه يصير
كفيلا ابدا او ما ذكر بعد الكفالة غير مناف ثم ان عملنا بمفهوم الشرط فهو ضامن للمال ان لم يات به الى الاجل لان مفهوم ان
جاء به الى الاجل فليس عليه مال انه اذا لم يجئ به اليه فعليه المال وح فلا فرق بين الصيغتين لان حكم في الثانية بهذا الحكم ايضا
لانه قال الا ان يبدأ بالدراهم فهو لها ضامن ان لم يات به الى الاجل ويكون الاستثناء منقطعا او لم يحصل به اخراج الاول والحكم
في المسئلتين فكان يتعين ان الحكم هكذا لو قدم الدراهم او اخرها حتى قوله في الرواية الثانية عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم
ناظر الى نفس حكم الكفالة الا انها يترتب عليها عند الاخلال بالاحضار وان لم نعمل بمفهوم الشرط اشكل الفرق بين القائمين
بما تقدم وان حمل الملتزم على ما هو اعم من الحق فيكون على سبيل الجعالة فيلزمه ما التزم ان لم يات به في الموضعين بانحال مفهوم
الشرط في الاولى والتصريح في الثانية وبناسب هذا الحمل كون الكفالة قد لا يكون غايتها المال كالقصاص والزوجية ثم على تقدير
كون المال عائدا الى المكفول لاجله ينبغي الحكم باجتنابه منه نظرا الى اقتضاء الكفالة ذلك ولو كان مخالفا له حمل ورد الى القيمة
ايضا وان لم يكن الكفالة لاجل مال او هو اقرار ودليع محض والالحاق بالرواية بيقتضي بحثه وعلى ما قررنا من مخالفة الرواية للاصول
ليست كثيرة عند التامل فيها ولو حصصناها بالمال المضمون حصل المقصود وان بقي في عبارة الرواية قصور في البلاغة حيث اخذ

الحكم في المسلمين مع كونه قد ورد فيها الا انه اسهل من مخالفة الاصول بغير موجب ومع هذا فاثبات الاحكام الخارجة على تقتضي
العمل بالملازمة لا يتم من محض بعد قصور الرواية عن اثبات مثل هذه الاحكام ولقد كنا في سعة من هذا الاشكال لو اطرحنا
امثال هذه الروايات التي هي من شواذ الآحاد وبالله التوفيق **قوله** ومن اطلق غريما من يد صاحب الحق قهرا الزم احضاره او دفع
ما عليه لانه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها او اداء الحق بسببه

[illegible]

[illegible]

مشتقة بل الى الاستغراب ايضا على بعض الوجوه كالوصل والتفريق ونحوهما وكالفسخ بالعيب الذي هو نقصان في الملك لانه نقصان
الفقه ثم عدى الى الانتقاض بمعنى الى الماهية زيادة كالمضي الى غيره للناس الاحكام وبالجملة فالمرجع في اثبات الحكم الشرعي
الى الدليل الدال عليه لا الى الحكمة التي شرع لاجلها وهو ثم من موضع النزاع قوله وليس فرعا على غيره ولو افاد فائدته ونبه
بذلك على خلاف الشيخ في المبسوط حيث قال انه فرع على عقود خمسة وهو مذهب الشافعي فجعله فرع البيع اذا افاد نقل الملك بعوض
معلوم وفرع الاجارة اذا وقع على منفعة مقدرة بمدة معلومة بعوض معلوم وفرع الهبة اذا اقتضى تمليك العين بغير عوض وفرع
العارية اذا اقتضى اباحة منفعة بغير عوض وفرع الابراء اذا تضمن اسقاط دين او بعضه ونبه بقوله وان افاد فائدته على
ان افادة عقد فائدة عقد اخر لا يقتضي كونه من افراده مع دلالة الدليل على استقلاله بنفسه كغيره من العقود فعلى الخيار وهو عقد
لازم لا يدخل في عموم الامر وعلى قول الشيخ يلحقه حكم ما الحق به من العقود فيه وان القرد الذي الحق به قوله ويصح مع الاقرار
والانكار فهذا عندنا موضع وفاق ولاطلاق النصوص الدالة عليه ونبه بذلك على خلاف الشافعي حيث منعه مع الانكار
نظرا الى انه عاوض على ما لم يثبت له فلم يصح المعاوضة كالو باع مال الغير وهو يمنع بطلان المعاوضة على ما لم يثبت بالصلح فانه عين
المتنازع والفرق بينه وبين البيع ظاهر فان ذلك تصرف في مال الغير بغير اذنه بخلاف ما هنا لانه مبني شرعيته عندنا على عدمه
على قطع التنازع وهو شامل للحالين وصورة الصلح مع الاقرار ظاهر واما مع الانكار فان يدعي شخص على غيره دينا او عينا
فينكر المدعى عليه فيصالحه على مال الحال او على بعض المدعى به او على غيره لئلا يستعصر بعضه وغيرها والمراد بصحة الصلح مع الانكار بحسب
الظاهر واما بحسب نفس الامر فلا يستبيح كل منهما ما وصل اليه بالصلح وهو غير محق فلو انكر المدعى عليه المدعي به ظاهرا وصولح
على قدر بعضه او على غيره في الواقع او ببعض العين او بما الخرم لم يستبح المنكر ما بقي له من مال المدعي عينا ودينا حتى لو كان قد صالح
عن العين بمال الغير فهي باجمعها في يده مغصوبة ولا يستثني له منها مقدار ما دفع لعدم صحة المعاوضة في نفس الامر لم يستبح ما صالح
به من عين او دين وانما حكم بالصحة بحسب ظاهر الشرع لاشتباه المحق من المبطل فلهذا كله اكل مال بالباطل وانما صالح المحق المبطل
وضعا لا بعوض الكاذبة وقد يكون استدفع بالصلح عن نفسه او ماله وشهد بهذا لا يعتد بمن نصر بيع اكل مال الغير بعوض وكانت
الدعوى مستندة الى قرينة تجوز بها كالو وجد المدعي بخط مورثه ان له حقا على احد او شهد له من لا يثبت بشهادته الحق
لم يكن للمدعي مال المال لو توجهت له اليمين على المنكر فصالحه على اسقاطها بمال او على قطع المنازعة فالمتجه صحة الصلح في نفس الامر
لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها او مثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة حيث يتوجه اليمين على المنكر ولا يمكن رده قوله
الا ما احل حراما او حرم حلالا هذا لفظ الحديث النبوي وفسر تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر او استباحة بضع لا سبب
لاباحته غيره او ليشرب الخمر او ليصالح ونحو ذلك وتحريم الحلال بان لا يطأ احدهما حليلته او لا ينتفع بماله ونحوه والاستثناء
على هذا منفصل لان صحة الصلح على مثل هذه باطل ظاهرا وباطنا وفسر بصلح المنكر على بعض المدعى او منفعته او بدله مع كون احدهما
عالما ببطلان الدعوى كما سبق تحريره والاستثناء عليه يكون منقطعا لان الحكم بصحته ظاهرا وانما هو فاسد في نفس الامر والحكم
بالصحة والبطلان انما يطلق على ما هو الظاهر ويمكن كونه متصلا نظرا الى بطلانه في نفس الامر وهذا المثال يصلح للامرين
معا فانه محلل للحرام بالنسبة الى الكاذب ومحرم للحلال بالنسبة الى المحق قوله وكذا يصح مع علم المصطلحين بما وقعت
المنازعة فيه ومع جهالتهما دينا كان او عينا في الحكم مع علمهما به وان لم ... صحة العقد لارتفاع الجهالة التي في المطلق
بمنازعتها اسلف واما مع جهالتهما به فان لم يتعذر عليهما العلم به فانه جائز ايضا وهو مروي في الصحيح عن الباقر والصادق

ميلكم

عليهما السلام انهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه
لك ما عندك ولي ما عندي فقال لا باس بذلك ولان الحاجة تمس الى التحصيل البراءة مع الجهل ولا وجه الا الصلح ولو كان احدهما عالما
بقدر ما عليه والاخر جاهلا فان كان الجاهل المستحق لم يصح الصلح في نفس الامر الا ان يعلم بالقدر او يكون المصالح به قدر حقه مع كونه غير متعين
ومعه للمستحق العين هو صول الحق كما في الصلح وقد دوي في ذلك عن ابي الحسن عليه السلام في يهودي او نصراني كان له عند مسلم اربعة الاف
درهم ومات اصالح ورثته ولا اعلمهم كم كان قال لا يجوز حتى تخبرهم نعم لو رضي صاحب الحق باطنا بالصلح بذلك القدر ولو علم
قدره صح فيصح الصلح لحصول الرضا الباطني قطع بذلك في كره ولو انعكس الفرض بان كان المستحق عالما بالقدر والغريم جاهلا
وديبه الجاهل فيتسلم بصح الصلح بزيادة عن الحق بل بقدره وزيادة ويعكس الاحوال واعلم ان تقييد الاقسام بكون المصالح عليه
متنازعا فيه غير لازم بل الحكم آت في مطلق الصالح وان لم يكن متنازعا مع علمهما بما يتصالحان عليه وجهلهما به لو تعذر علمه
كما اذا حصل في شركة امتزج ماله بمال الاخر بحيث لا يتميز ولا يعلمان قدر ما لكل منهما وهو كذلك ولو علم احدهما وجب اعلام الاخر
او ايصال الحق اليه كما قررناه ولو كان جهلهما لا يقدره لتعذر المكيال والميزان ومست الحاجة الى نقل الملك فالاقوى جوازه وهو
خيرة الدروس قوله وهو لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه هذا مبني على ما سلف من كونه اصلا بنفسه فيكون لازما
الامر بالايفاء بالعقود المقتضي لذلك الا ما اخرجه دليل خارجي ويجيء على قول الشيخ انه جائز في بعض موارده كما اذا كان فرع
العارية والهبة على بعض الوجوه او السكوت كذلك كما لم يقيده بوقت وبالجملة فانه عنده يلحقه حكم ما افاد فائدته من تلك
العقود قوله الا ان يتفقا على فسخه يعني جواز الاقالة فيه كما يدخل في البيع فاذا اتفقا على التقايل ولو فعل فسخه
الفسخ بالاقالة استثناء اتفاق ما على فسخه من لزومه محمول على ما ذكرناه لانهما لو اتفقا عليه صار العقد جائزا بل في قوته
حينئذ لم يحرم بيعهما كما ان البيع اللازم لا يطلق عليه اسم الجائز باتفاقهما على التقايل قوله واذا اصطلح الشريكان على ان يكون
الربح والخسران على احدهما وللاخر راس ماله صح هذا اذا كان عند انتهاء الشركة وارادة فسخها لتكون الزيادة مع من هي
معه بمنزلة الهبة والخسران على من هو عليه بمنزلة الابراء اما قبله فالظاهر فانه مناف لوضع الشركة شرعا وان المستند صحيحة ابي
الصباح عن الصادق عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحا وكان من المال دين وعين فقال احدهما لصاحبه
اعطني راس المال والربح لك وما توى فعليك فقال لا باس اذا شرط وهذا الخبر مشعر بما شرطناه من كون الشرط عند الانتهاء
لا كما اطلق المصنف قوله ولو كان معهما درهمان فادعاهما احدهما وادعى الاخر احدهما كان لمدعيهما درهم ونصف وللاخر ما بقي
المراد بكونهما معا كونهما تحت يدهما لتساويهما في الدعوى اذ لو كانا في يد مدعي الدرهمين لقدم قوله فيهما بيمينه ولو كانا في
يد مدعي الدرهم لقدم قوله فيه بيمينه واما اذا كانا تحت يديهما فانه يقضي لمدعيهما بدرهم لعدم منازعة الاخر فيه وبقي التساوي في
الدرهم الاخر لان كل واحد منهما صاحب يد ودعوى لجميعه فيقسم بينهما والمستند مع ذلك رواية عبد الله بن المغيرة عن غير
واحد عن الصادق عليه السلام قال في ذلك ويشكل بان الاول مدعي النصف مشاعا فانه يقوى القسمة نصفين ويحلف الثاني للاخر
وكذا في كل مشاع قال المصنف في التذكرة وكذا لو استحق ايضا وذكرها في المسالة في باب الصلح فكان ان يكون ذلك الصلح قهريا وجاز ان
يكون اختياريا فان امتنع فاليمين مع ان العلامة قال في كره والاقرب انه لا بد من اليمين فيحلف كل منهما على استحقاق نصف
الاخر الذي يدعيه ومن حلفهما جميعا ونكولهما في يد كل منهما فيقضى به للاخر ولو نكلا معا او حلفا معا قسم بينهما نصفين
وما ذكره حسن لعموم واليمين على من انكر قوله وكذا لو اودعه انسان درهمين واخر درهما وامتزج الجميع ثم تلف درهم فيه

اي تلف بغير تفريط المودع حتى يضمنه والحكم في الدرهمين الباقيين والحاق هذه بالسابقة هو المشهور بين الاصحاب ومستنده
رواية السكوني عن الصادق عليه السلام ويشكل الحكم مع ضعف المستند بان التالف لا يحتمل كونه من كل منهما بل من احدهما خاصة
لامتناع الاشاعة هنا والموافق للقواعد الشرعية هنا القول بالقرعة ومال اليه في س الا انه تحاشى عن مخالفة
الاصحاب ومقتضى الرواية انه يقسم كذلك وان لم يتصادم دعواهما في الدرهمين دائما لانه لا يمين وكذا لم يذكر الاصحاب هنا
بناء على كون الحكم المذكور قهريا كما ذكره في الدروس في المسالة السابقة ومنعا استعمال اليمين هنا اذ لم يعلم كل منهما
بعين حقه ولو كان بدل الدراهم مالا يمتزج اجزاؤه بحيث لا يتميز وهو متساويها كالحنطة والشعير وكان لاحدهما
قفيزان مثلا وللاخر قفيز وتلف قفيز بعد امتزاجهما بغير تفريط فالتالف على نسبة المالين وكذا الباقي فيكون لصاحب
القفيزين قفيز وثلث وللاخر ثلثا قفيز والفرق ان الذاهب هنا عليهما معا بخلاف الدراهم لانه لا يرجى لاحدهما ان يكون التالف له
قطعا قوله ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهما وللاخر ثوب بثلاثين ثم اشتبها فان خير احدهما الاخر وللاخر بالثاني
هذا الحكم كالسابق مشهور بين الاصحاب ومستنده رواية اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام في رجل يبضع رجلا بثلاثين درهما في ثوب وآخر بعشرين في ثوب
فاشتبها فقال يباعان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة اخماس الثمن والاخر خمسا الثمن وان خير صاحبه صاحبه فقد انصفه والحكم
على مقتضى الرواية من غير تعرض وقبله الشيخ وجماعة فصل العلامة فقال ان امكن بيعهما منفردين وجب ثم ان تساويا
فلكل واحد ثمن ثوب ولا اشكال وان اختلفا فالاكثر لصاحبه وكذا الاقل وان لم يكن خلاف فالاكثر لانه قادر ولا اثر له شرعا
وان لم يمكن صار كالمال المشترك شركة اختيارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على راس المال وعليه تنزل الرواية
وانكر ابن ادريس ذلك كله وحكم بالقرعة لانها لكل امر ملتبس وهو هنا حاصل وهو اوجه من الجميع لولا مخالفة المشهور
وظاهر النص مع انه قضية في واقعة يمكن حصرها عليها والرجوع الى الاصول الشرعية وما ذكره المتاخرون من التاويل لا يعالج
لبس احد من القرعة لانها دليل شرعي على هذه المواضع ومن الجائز اختلاف الاثمان والقيم بالزيادة والنقصان لاختلاف
الناس في المساهلة والمماكسة وعلى تقدير العمل بالرواية يقتصر حكمها على موردها فلا يتعدى الى الثياب المتعددة ولا الى
غيرها من الامتعة والاثمان مع احتماله لتساوي الطريق واستقرب في س القرعة في غير مورد النص وهو حسن ولو قيل به
كالحنا وابن ادريس فيه كان حسنا ايضا قوله واذا بان احد العوضين مستحقا بطل الصلح المراد به المعين في
العقد لانه المتبادر من العوض في المعاوضة فلو كان مطلقا رجع ببدله كالبيع ولو ظهر فيه عيب فله الفسخ وفي تخييره بينه
وبين الارش وجه ولو ظهر غبن لا يتسامح بمثله فهي ثبوت الخيار وجهان اجودهما ذلك دفعا للاضرار وان لم يحكم بالقرعة
وهو خيرة الدروس وقد تقدم بحث خيار العيب في البيع انه لا نص عليه بالخصوص فيمكن استفادته هنا كما استفيد
هناك من الادلة العامة قوله ويصح الصلح على عين بعين او منفعة وعلى منفعة بعين او منفعة حيث كان الصلح مفيدا
لفائدة العقود المتعددة وتعلق بعضها العين وبعضها المنفعة لم يمنع من صحته ما ذكره هنا ولا يختص جوازه بما ذكر بل
لو صالح على حق اسقاطه او على حق اولوية في تحجير او سوق او مسجد صح ايضا للعموم قوله ولو صالحه على دراهم بدنانير
او بدراهم صح ولم يكن فرعا للبيع ولا يعتبر فيه ما يعتبر في الصرف على الاشبه لما ذكرناه من الخلاف في ذلك مع الشيخ حيث جعله
فرعا على البيع في نقل الاعيان بعوض فيلحقه حكمه فلو كان العوضان من الاثمان لحقه حكم الصرف من اشتراط التقابض
في المجلس لكان الاصح استقلاله بنفسه لم يترتب عليه حكم البيع هنا لاختصاص حكم الصرف به هنا من حيث الصرف اما

جزئيا

حيث لم يكن اعيان الاقوى ثبوته في كل معاوضة ربوية والصلح احدها فلا بد من استثنائه من قوله على دراهم بدراهم قوله ولو اتلف على
رجل ثوبا قيمته درهم فصالحه عنه على درهمين صح على الاشبه لان الصلح وقع عن الثوب لا عن الدرهم فهذا انما يتم على القول
بضمان القيمي بمثله ليكون الثابت في الذمة ثوبا ويكون هو متعلق الصلح اما على القول الاصح من ضمانه بقيمته فالثابت في الذمة
انما هو الدرهم فيستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا فيبطل وهو الاقوى قوله ولو ادعى دارا فانكر من هي
بيده ثم صالحه المنكر على سكنى سنة صح ولم يكن لاحدهما الرجوع وكذا لو اقر له بالدار وصالحه على الرجوع لانه هنا فرع العارية
الاول الشبهة والخلاف هنا مع الشيخ كما تقدم حيث جعله مع كونه متعلقا بالمنفعة بغير عوض فرع العارية فيلحقه حكمها
من جواز الرجوع فيه والاقوى عدمه للزومه واصالته وانما قيد المصنف ما بكان بين هي في يده مع جواز الصلح مع الاقرار
والانكار ليتصور كون الصلح المذكور عارية عند الشيخ لانه اباحة منفعة بغير عوض اما لو اقر له بها فان الصلح وان جاز
الا ان المنفعة يقابلها عوض وهو العين فلا يتحقق العارية مع ان الشافعي لما اشترط في صحة الصلح الاقرار جعله
فرعا على العقود الخمسة مثل العارية بما ذكرناه مع كون المدعى عليه مقرا بها وجعل احد العوضين من واحد فكان الحكم
راجعا الى العارية قوله ولو ادعى اثنان دارا في يد ثالث بسبب موجب للشركة كالميراث فصدق المدعى عليه احدهما و
صالحه على ذلك النصف بعوض فان كان باذن صاحبه صح الصلح في النصف اجمع وكان العوض بينهما وان كان بغير اذنه
صح في حصته خاصة وان اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضيا للشركة فاقرار المدعى عليه لاحدهما مقتض للشركة
بينهما فيه وان لم يصدقه على السبب الذي ادعياه لان مقتضى السبب كالميراث ونحوه لا يقتضي التفاوت في البعض كالكل
يستوي ملكهما فيه فيمتنع استحقاق المقر له النصف دون الاخر كما ان الغائب يكون ذاهبا عليهما بمقتضى اقرارهما و
الحاصل ان اشتراكهما في المقر به يثبت من جهة اعترافهما بما يوجب الشركة لا من جهة الاقرار فلا يقتضي ترتيبه تخصيص المقر له احدهما بالملك
ويتفرع عليه ما اذا صالح المقر له المثبت على النصف المقر به فان كان الصلح باذن شريكه صح في جميعه بجميع العوض والا صح في
حصته المصالح خاصة بنسبتها من العوض ويبقى باقي النصف ملكا للشريك الاخر قوله اما لو ادعى كل واحد منهما النصف
من غير سبب موجب للشركة لم يشتركا فيما يقر به لاحدهما كما لو ادعى احدهما النصف بسبب الارث مثلا والاخر بالشراء
فان ملك احدهما لا يستلزم ملك الاخر فلا يقتضي الاقرار لاحدهما بالنصف مشاركة الاخر اياه ومثله ما لو ادعى كل منهما
انه اشترى النصف من غير تقييد بالمعية مع انهم لو قالا اشتريناها معا واتهبناها وقبضناها معا ونحو ذلك فقد
قرب في كره ان الحكم فيه كالاول لاعترافهما بان السبب المقتضي لتملكه قد اقتضى تملك الاخر ويحتمل العدم لان نقل
الملك لاثنين بمنزلة الصفقتين هذا تقريب ما ذكره المصنف وجماعة في القسمين وفيه بحث لان هذا الاتم
الا على القول بتنزيل البيع والصلح على الاشاعة كالاقرار وهم لا يقولون به بل يحملون الاطلاق على ملك البائع والمصالح
حتى لو باع ابتداء مالك النصف نصف العين مطلقا انصرف الى نصيبه وحجته بان اللفظ من حيث هو وان تساوى نسبته
الى النصفين الا انه من خارج قد يرجح انصرافه الى النصف المملوك للبايع نظرا الى ان اطلاق البيع انما يحمل على المتعارف في الاغلب
وهو البيع الذي يترتب عليه انتقال الملك ويحمل المتعاقدين ولا يجري ذلك في الاقرار المملوك فيه للاخر فانه اخبار عن
ملك الغير فيستوي فيه ما هو ملكه وملك غيره والاقوى هنا ان ينصرف الصلح الى نصيب المقر له خاصة فيصح في
جميع الحصة بجميع العوض ويبقى المنازعة بين الاخر والمثبت هذا ان وقع الصلح على النصف مطلقا او النصف الذي هو ملك

القرائن اما لو وقع على النصف الذي باقرار المتشبث توجه حال الجماعة لان الاقرار بني على الاشاعة والصلح وقع على المقر به فيكون
نائبا الى فيها على هذا ينبغي حمل كلامهم لئلا ينافي ما ذكروه من القاعدة التي ذكرناها وهنا بحث حسن لم ينبهوا عليه وانما ذكر الشهيد
في بعض تحقيقاته احتمال التفاوت في الصلح الى حصة المقر له من غير مشاركة الآخر معه وتبعه عليه الشيخ علي في ورثة فرق في مسئلة
الارث بين كون الصلح قبل قبض التركة او بعده لان الحاصل منها قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة الى الورثة والتالف
لا يحسب عليهم وكانه لم يكن وامتناع الوصول اليه كتلفه في هذا الحكم وهذا الفرق انما يتم فيما لو قبض احد الوارثين شيئا
من اعيان التركة او باعه اما الصلح فينبغي على ما اصله الشريكين في الدين على حصته فيه هل يختص بالعوض ام لا ولا اشكال
لان الذاهب لا يخرج عن كونه حقا والصلح لم يقع على عين مشاعة حتى يشتركا في عوضها انما وقع على حصته وهو لم يكن نقلا للعين
بغير عوض فالبحث السابق آت في الارث قبل القبض او بعده وما ذكرناه يعلم حكم المدعى المذكور الذي قد صرح فيه
بعضهم لو كان دينا فان قبض عوض الصلح فيه يكون كقبض احد الشريكين في الدين حصته بالصلح وقد تقدم الكلام فيه
في باب القرض ويأتي فيه في كتاب الشركة ان شاء الله **قوله** ولو ادعى عليه فانكر فصالح المدعى عليه على سقي زرعه او شجره
بمائه قيل لا يجوز الى قوله جاز سبعا الشريعة القول بالمنع للشيخ محتجا بجهالة الماء والجواز اقوى مع ضبطه بمدة معلومة ومثله
لو كان الماء معوضا مع ان الشيخ جوز بيع ماء العين والبئر وبيع جزء مشاع منه وجعله عوضا للصلح ويكون منعه من الصلح على السقي
المذكور مطلقا كما يدل عليه الاطلاق والماء فيه مجهول لا يدخل في احد الاقسام لانه لم يستحق جميع الماء ولا بعضا معينا الا ان يحمل
منعه على عدم تقدره ولا مدة انتهائه دون ثم شرطناه في الجواز ضبط المدة وهل يصرح بالمنع ح ولو تعلق الصلح بسقيه دائما بقيد
المعقد لان جهالة التمثيل فان يناسب فيها في باب الصلح **قوله** اما لو صالحه على اجراء الماء الى سطحه او ساحته بعد العلم بالموضع
المراد بالعلم الموضع الذي يجري منه الماء ويقدر مجراه طولا وعرضا ليرتفع الجهالة من الحل المصالح عليه ولا يعتبر تعيين العمق لان من ملك
قرارها الى تخوم الارض ولا فرق في ذلك بين جعله عوضا لعلمنا وغيره في حالة الابتداء وقد اطلق المصنف وغيره حكم الماء من
غير بينة وبيان شاهد بئر لم يتبع العرف ولا باس باعتباره لاختلاف الاغراض بقلته وكثرته ولو كان ماء مطر اختلف بكبر محله
وصغره فمعرفته يكون بمعرفة محله وحيث يقع الصلح او يحتاج الساقية الى اصلاح وجب على المالك الاصلاح لتوقف الحق عليه وليس على
المصالح مساعدته **قوله** اذا قال المدعى عليه صالحني لم يكن اقرارا لانه قد يصح مع الانكار اشارة بالتعليل الى جواب عما احتج به على انه اقرار حيث
زعم ان الصلح لا يصح الا مع الاقرار ووجه عليه ان المدعى عليه قبل الاقرار لو قال صالحني على العين التي ادعيتها يكون ذلك منه اقرارا
لا نطلب منه التمليك وذلك يتضمن الاعتراف بالملك له وكان بالوكالة لكنه لما كان عندنا الاصل منع جواز الصلح مع الاقرار
والانكار لم يكن عليه اقرارا **قوله** اما لو قال بعني وملكني كان اقرارا لانه صريح في التمليك وهو ينافي كونه ملكا لا يجتاح الى
تحصيل الحاصل ولا شبهة في كونه اقرارا بعدم ملك المقر كونه ملكا للغير في الجملة لكن كونه ملكا لمن طلب منه البيع والتمليك
فيه نظر من كونه اعم من ملكه اذ قد يكون وكيلا واذا احتمل اللفظ الامرين لم يحصل المقتضي للملك الذي كان مستصحبا
لا اصالة عدم وبالجملة فرجع الاقرار الى كونه ما لكا للمبيع لا ما لكا للمبيع لانه اخص فلا يدل على العام نعم اقترن بذلك
كون المطلوب بيعه تحت يد المخاطب توجهت ملكه لدلالة اليد على الملكية والاصل عدم ما لك آخر وقد نبه لذلك
العلامة في التذكرة والشهيد في س وهو قوي وينبغي عليه ما لو قال عاد وادعاه لآخر ثبت له ولم يغرم للاول لانه لم يحكم له به
قوله يجوز اخراج الرواشن والاجنحة الى الطرق النافذة اذا كانت عالية لا تضر بالمارة في الرواشن والجناح يشتركان

في اخراج خشب من حائط المالك الى الطريق بحيث لا يصل الى الجدار المقابل ويبني عليها او لو وصلت فهو الساباط وربما فرق بينهما
وبان الاجنحة ينضم اليها اعمدة الى ان يوضع لها اعمدة من الطريق والوجه في التضرر وعدمه الى العرف حيث يعتبر فيه المارة بما يليق بمثل ذلك
الطريق عادة فان كانت مما يمر عليها الفرسان اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح على رمحه مما كان عادة ويعتبر فيه كون مروره
ناصبا لرمحه لانه قد يزدحم الفرسان فيحتاج الى نصب الرماح ونفاه في س لندوره ولا مكان اجتماعه مع امالته على وجه لا يبلغهم والاقوى
وان كانت مما لا يمر بها الا الابل اعتبر فيها مرور محمل او مركوبا على ظهره محالا ان امكن مروره ومثل ذلك عادة وهكذا يعتبر ما يجري العادة
بمروره مثل تلك الطريق وتقييده بتضرر المارة يدل بمفهومه على عدم اعتبار تضرر غيرهم كالوقف يجاره بالاشراف عليه فانه
لا يمنع لاجله كما لا يمنع لو كان وضعه في ملكه واستلزم الاشراف عليه خلافا للتذكرة حيث الحق الاول بتضرر المارة وفرق بينه
بين وضعه في ملكه كيف شاء وان استلزم الاشراف على الجار والظاهر عليه وانما منع من الاشراف لاجل التعليل المقتضي لاشكاله
قال ولست اعرف في هذه المسئلة بالخصوصية نصا من الخاصة ولا من العامة وانما صرت اليه عن اجتهاد وقد نظر لانه
في الموضوع في الطرق وعدم الاضرار باهل الطريق لانه موضوع للاستطراق فيمنع فيما ينافيه اما اعتباره عدم الاضرار بغيرهم فلا
دليل على المنع منه بل قد تقدم انه لا يمنع ما يضر بغيرهم بينا وسلوكه خاصة فضلا عن غير المارة والجار خارج عن ذلك
كله فلا وجه للمنع ما يفتقر فيه اليه كما لو احدث بناء في ملكه يقابله واستلزم الاشراف عليه وكلام العلامة يرجع حيث
تقيد التضرر بالمارة ولم يعلمه وانما الحق ضرر الجار في الثاني **قوله** ولو عارض فيها مسلم على الاصح لانه بالرجوع على خلاف الشيخ
حيث شرط في جوازه وضعه عدم معارضته احد من المسلمين لانه حق لجميع المسلمين فيمنع بمعارضته واحد منهم له وحيث ولانه لو سقط
منه شيء فجنى منه بيان ضمانه وهو يدل على عدم جوازه الا بشرط الضمان ولانه لا يملك الهواء وانما يملك الهوى فلما الانزل القوار
المعارضة وهو مختار ابي حنيفة ايضا والجواب ان المرجع عدم التضرر به وللحاجة فالمانع منهم معاند ومن عذرهم لاحق له ولاتفاق
الناس عليه في جميع الامصار والاعصار من غير نكير وسقف بني ساعدة وبني النجار ايضا مشهور في زمنه في بلده المدينة وقع منها
بالمدينة زمن النبي صلى الله عليه وسلم ويدخل في عدم اعتبار معارضة المسلم جاره فليس له منعه لو خرج هواه وليكون الهواء بينهما بل ايهما اسبق
استحق والاخر اخراج روشن فيما بقي من الهواء وليس للاول منعه وان استلزم الاشراف عليه الا على الفرع السابق وكذا يجوز
للثاني الاخراج فوقه وتحته اذا لم يضر به وحاله في العلو لا يضر بالمار في الاول لانه لم يكن له سقف اعلى سقفه ان كان دونه
اظلم الطريق ويمنع الثاني الا دليل خاصة وان كان لكل منهما حدثا في الظلمة لان الضرر انما حصل بالثاني وان كان لولا الاول لم يحصل
قوله ولو كانت مضرة وجب ازالتها وجوب ازالتها المختص بمنعها وان كان الامر منكرا لكونه حسابا فان ازالتها ونحو
المنكر يجب على كل قادر المعاونة عليها بالقول والفعل وبما تم ازالته مع تعديه كما في كل منكر **قوله** ولو اظلم بها الطريق قيل
يجب ازالتها القائل بذلك الشيخ في ط وموضع الخلاف ما اذا لم يذهب الضياء بالكلية والا منع اجماعا والقائل فيما عداه حصول
التضرر بالمارة ولو بضعف البصر لان جوازه مشروط بعدم ضرر المارة وعلى هذا فالمنع انما يوجه الى الاطلاق الشيخ عدم
تاثير الظلمة لا لوجوده مطلقا ولا فرق في التضرر بين وقوعه ليلا ونهارا **قوله** ويجوز فتح الابواب المستجدة فيها الى الطرق
النافذة لان المسلمين فيها شرع فيجوز احداث الابواب اليها المحاذ وهما سواء كان لتلك الدار باب اخر اليها ام الى غيرها من الطرق
النافذة والمرفوعة ولا يقدح في ذلك مسيره الى المرفوعة نافذة بسبب الباب المفتوح المتصل بالنافذة لان ذلك لا يوجب نفوذ داره
لا نفوذ الطريق اذ ليس لاحد حق في داره الا باذنه فلا يتحقق نفوذ الطريق **قوله** اما الطرق المرفوعة فلا يجوز احداث باب فيها

ولا جناح ولا غيره الا باذن اربابه سواء كان مضرا او لم يكن لانه يختص بهم في الطريق المرفوع ملك لاربابه كسائر املاكهم فيكون
كالمال المشترك لا يصح لاحد من اربابه التصرف فيه الا باذن الباقين سواء كانت التصرفات احداث الباب او الساباط
او الروشن ام غير هاد سواء اضر بهم ام لم يضر وكذا لا يجوز ذلك لغير اربابه بطريق اولى وبئة نفوذه سواء كان مضرا ام لم
يكن على خلاف بعض العامة حيث جوز لاهل السكة احداث ذلك اذا لم يضر بالمارة والمراد بالمرفوعة المسدودة
التي لا ينتهي الى طريق اخر ولا مباح بل الى ملك الغير وباربابها من له باب نافذ اليها دون من تلاصق داره ويكون حائطه
اليها من غير نفوذ وما يترتب على ملكهم لها جواز سد ها من السكة والانتفاع بها كغيرها من املاكهم مع اتفاقهم ولا يجب
ولو اختلفوا لم يكن لمن اراد منع ذلك وانما يجوز ذلك اذا لم يكن فيها مسجد او رباط او مطهرة موقوفة على العموم قد يمنع
او حديثة فلم يخرج لا يجوز لهم المنع من المرور اليها ولا احداث ساباط ونحوه مما يضر بالمارة وان رضي اهل السكة
لانها صارت حقا لسائر الناس في جملة ما يحصل بعضهم وان احدث الابواب و ... في المنع من التصرف في
المرفوعة بغير اذن اربابها المرجع فيها ما تقدم من الملك والاولى الاكتفاء فيها بشاهد الحال فلو منع احدهم
حرم اما الجلوس فيها او ادخال الدواب اليها ونحو ذلك فلا لانه اذن الجميع لاحد الاخوة مال الغير بغير اذنه وانتفاء
الحال فيه غالبا نعم لو كان الجلوس خفيفا غير مضر به او لم يشاهد الحال **قوله** وكذا لو اراد فتح باب لا يستطرق فيه دفعا
للشبهة اي شبهة استحقاق المرور فيه بعد تطاول الزمان فانه اذا اشتبه حاله يشعر باستحقاق المرور لانه وضع له وقد
حصل الفرق بين فتح الباب ورفع الحائط جملة فان الثاني جائز دون الاول لان رفع الحائط لا يستدعي استحقاق المرور
بوقت من الاوقات اذ ليس فيه كالة عليه بخلاف الباب ولا فرق في هذا الحكم بين الذي لا حق له في الطريق المذكور كالجار
الملاصق لها بحائط وبين له باب فيها اذا اراد احداث باب اخر ادخل من بابه لاشتراكهما في عدم استحقاق المرور في المحل الذي
فتح فيه الباب ويحتمل ضعيفا الجواز ولما سيأتي **قوله** ويجوز فتح الروازن والشبابيك لان الانسان مسلط على التصرف
في ملكه بما شاء والشبهة المتطرقة من الباب منتفية هنا ولا يجوز منعها الى الدرب المرفوعة يجوز الى غير ها من المذاهب الثلاثة
والسلوك على الجار لان الحرم هو التطلع لا التصرف في الملك فيستفيد بذلك الاستضاء في بيته وليس للجار سدها
نعم له وضع شيء في ملكه يمنع الاشراف وان منع الضوء **قوله** ومع اذنهم فلا اعتراض لغيرهم واذنهم في ذلك يفيد جواز
التصرف كالعارية يجوز لهم ولكل واحد منهم الرجوع فيها ويبطل بموته ونحوه من وجوه التكاليف من جنون واغماء ونحوهما وح
فالمراد بغيرهم من خرج من استحقاق الطريق اذ لا حق لهم فيها ولا مكن استطراقهم وتضررهم وليس المراد بغيرهم من يشمل
الطبقة الثانية منهم لبطلان الاذن بموتهم كما ذكرناه **قوله** ولو صالحهم على احداث روشن قيل لا يجوز لانه لا يصح
افراد الهواء بالبيع وفيه تردد في القول للشيخ بناء على ما ذكره من المنع من افراد الهواء بالبيع ومن عقبه الصلح انه في ذلك و
المقدمتان ممنوعتان والاولى شرعية الصلح هنا ولا يصير مصالحهم يعود الى اهل الدرب المرفوعة وهو يقتضي بالالزام استحقاق
الجميع لذلك وظاهر الماتن اختصاص الداخل بما بين البابين والذي يلزم من التفريع على ان الروشن المحدث
ان كان خارجا عن جميع الابواب فالحق لهم جميع وان كان داخلا عن بعضها لم يتوقف على اذن الخارج وقيل يتوقف على رضا
الجميع كالاول للاحتياج اليه عند ازدحام الدواب والاحمال وفيه في س والاول اشهر **قوله** ولو كان لانسان داران
باب كل واحدة الى زقاق غير نافذ فهل له ان يفتح بينهما بابا لانه لاحق السلوك في كل واحدة ورفع الجدار الحائل

بين الدارين وجعلهما واحدة فتح باب من احدهما الى الاخرى اولى ومنع منه بعض العامة لانه يثبت له حق الاستطراق
في درب مملوك الى الاخرى لحاجته ولانه ربما ادى الى اثبات الشفعة لبعض في بعض دون احد الطريقين بسبب الاشتراك في
الطريق لكل واحد من الدارين في زقاق الاخرى على تقدير القول بثبوتها مع الكثرة والاقوى ان كل دار على ما كانت عليه في
استحقاق الشفعة بالشركة في الطريق ولا يتعدى الى الاخرى وان كان الاستطراق لا يوجد لتلك الفتح لم يوجب حقا للدار في
الطريق الاخرى وانما ابيح الانتقال من داره الى داره الاخرى ومتى صار فيها استحق المرور في طريقها قبلا تبعا للكون الثاني
والدار التي هو فيها لا للاولى **قوله** ولو احدث في الطريق المرفوع حدثا جاز ازالته لكل من له عليه استطراق ولا فرق في
الحدث بين كونه مضرا وغيره ولا بين كونه في الهواء كالروشن او في الارض كعال وكنيف ووضع خشبة وعجان تحو ذلك ولا
بين كونه من اهل تلك الطريق وخارجا لاشتراك الجميع في كون ذلك تصرفا في ملكهم بغير اذنهم فكان لهم ازالته وكذا الافرق
بين حقيقه باذن بعضهم وعدمه بل لو بقي واحد بغير اذن يدخل المنع والازالة والكلام في اذن الجميع والبعض بالنسبة الى
كون الحدث داخلا وخارجا لما تقدم **قوله** ولو كان في زقاق بابان احدهما ادخل من الاخر الى قوله ما بين البابين هذا هو
المشهور بين الاصحاب ووجهه ان المقتضي لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهاية بابه فلا يشارك في الادخل وقيل
يشترك الجميع في الجميع حتى في الفضلة الداخلة في صدرها لاحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الاحمال ووضع الاثقال و
لان انضمام تصرف الخارج على نفس المخرج من بابه امر بعيد بل متعذر والمتعارف الاحتياج حوله الى جانبي المدخل وان
قلت فالقول الاختصاص على الحاد الباب وما خرج لم يخلو من نفي الاشتراك في الجميع **قوله** ولو كان في الزقاق فاضل
الى الصدر هل يشتركان فيه الى آخره الاستواء في الارتفاق بها فلا اولوية لاحدهما على غيره بخلاف ما بين البابين لان ادخلية
الباب يقتضي الاستطراق وهو مختص بالمستطرق فيتحقق الترجيح ويشكل ذلك على القول باختصاص الداخل بما بين البابين
لو تضاف الانتفاع بالفضلة على استحقاقها اليها فاذا لم يكن للخارج حق السلوك لا يترتب على تقديمه الفاسد بثبوت يد على
الداخل وينتفع بان ثبوت ملك شيء لا يتوقف على سلوكه ومع ذلك فيمكن دخول الخارج الى الفضلة بشاهد الحال كغيره
من كلاحق له في ذلك الطريق فان انضم الى ذلك اشتراكهم جميعا في التصرف في الفضلة حكم باشتراكها بينهم وكلا يرد
شكله في السلك بين البابين حيث يجوز للخارج دخوله بذلك لان الداخل لم يعلم منه السلوك المستمر عليه الذي لا يتم الانتفاع
بدونه الا به بخلاف الفضلة فانه يدعيهم فيها سواء اذ لا تعرف لهم فيها الا الارتفاق وهو مشترك ولو قلنا باشتراكهم في جميع
الطرق كما اختاره الشهيد فالحكم في الفضلة اولى **قوله** ويجوز للداخل ان يقدم بابه الى الخارج وكذا الخارج ولا يجوز
للخارج ان يدخل بابه وكذا الداخل في الجميع في ذلك كله ما تقدم من اختصاص كل واحد من الخارج بما خرج عنه وشاركه فيما
خرج فيجوز للداخل اخراج بابه لثبوت حق الاستطراق له في جميع الطريق الى بابه فكل ما خرج منه له فيه حق وله حق التصرف في
جداره ورفعه جميعه فبعضه اولى ولا فرق في ذلك بين ان يسد الاول او لا يقتضيه ظاهر العبارة وتقييده ولا يمنع بكثرة الابواب لعدم
تفاوت الحال وربما قيل باشتراط سد الاول واما الخارج فلما لم يكن له حق فيما جاوز بابه الى الداخل لم يكن له الدخول الا باذن
الداخل لاعلى القول السابق وربما احتمل جواز دخوله وان لم يقل بمشاركته في الداخل نظرا الى انه كان له ذلك في ابتداء وضع
الدار ورفع الحائط جميعه فيستوي ويضعف بان تلك المباح انما يقع على الوجه الذي تقدم فانه كان له فتح بابه ابتداء
الى اي جهات شاء فلما احيا واحد منع من ذلك السبق من حوله بالاحياء على نفسه ومثله القول في الجزء الداخل من الطريق

فانه موضع بابه خارجة وضع عنده ... واحياه وانفرد بهما الداخل تقدم دلالته في جميع الحائط فلا يتطرق اليه شبهة بخلاف الباب
كما تقدم **قوله** ولو خرج بعض اهل الدرب النافذ ومشى الى قوله من الدرب ... كما كان حق الطريق النافذ عند ...
مد ... ولم يكن الجدار المقابل وكلامه والاعتراض على ... منع الروشن فيه وان استوعب الدرب اذ لم يكن ضارا بالمارة نعم لو
وضع شيئا منه على جدار المقابل فله المنع منه **قوله** ولو سقط ذلك الروشن فسبق جاره الى عمل روشن لم يكن للاول منعه لانه
مشروعة كالسبق الى القعود في المسجد لان الاول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه وانما اكتسب اولوية فاذا زال ذلك كالقعود
في المسجد والشوارع حتى لو هدم ... الثاني الخرب روشن الاول ووضع روشنه لم يكن للاول ازالة الثاني وان كان الثاني قد
... روشن الاول لكنه الاثم لزوال الاولوية ومثله القول في المشبه به **قوله** اذا التمس وضع جذوعه على حائط جاره لم
تجب اجابته ولو كان ... هذا عندنا موضع وفاق ... لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه والقضاء العقل بقبح الحرف
في مال الغير نعم يستحب استحبابا مؤكدا لما روي عنه من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يمنعن جاره من وضع خشبة على
جداره ... على تقدير ثبوته محمول على الاستحباب المؤكد وذهب بعض العامة الى جوازه بغير اذنه عملا بالحديث **قوله** ولو
اذن جاز الرجوع قبل الوضع وبعد الوضع لا يجوز لان المراد به التابيد والجواز حسن مع الضمان ... الكلام هنا في موضعين احدهما
في جواز الرجوع بعد الوضع وقد منع منه الشيخ ومن تبعه لاقتضاء الاذن ... ذلك الدوام كالاذن في دفن الميت في الارض
وللعلو الحاصل بالنقض حيث يقتضي الجواب بذلك ... والاقوى الجواز لان الاذن عارية ولان الاصل جواز تصرف المالك في
ملكه كيف شاء والفارق بالدفن قياس مع الفارق لتحريم نبشه دون نقض البناء الثاني على تقدير الجواز هل ينقض مجانا او مع الارش
وجهان مبناهما على ان الاذن انما افادت العارية وكان لها الرجوع متى اراد مع اصالة البراءة ذمة المالك من ثبوت مال الغير
على تخليص ملكه ... مطلقا او ان ... صدر بالاذن فلا يجوز قلعه الا بعد ضمان نقصه ولان فيه
جمعا بين الحقين ولانه سبب الخلل ... المباشر ضعيف لانه بالامر الشرعي وهو اقوى الثالث على تقدير ثبوت الارش
... عوض ما نقصت الات الواضع بالهدم او تفاوت ما بين العامر والخراب وجهان مبناهما على ان البناء اذا كان محترما فانه
بهيئته حق لبانيه فيكون جبره بتفاوت ما بين كونه عامرا او خرابا لان ذلك هو نقص المالية ومن ان نقص هذه المالية مستند الى
مال صاحب الجدار فلا يضمنه انما يضمن نقصان مال الغير الذي كان سببه ... والاول اقوى لان جميعه بالوضع على
كونه موضوعا على ملك الغير ... انما ترجح في النقص لمشاركته في المالية ولو اتفقا على ابقائه بالاجرة فلا اشكال
جوازه **قوله** اما لو انهدم لم يعد الطرح الا باذن مستانف وفيه قول آخر للشيخ في المبسوط ... اعادته بالة الاولى لم
يكن له منعه ... والسقف عليه وان اعاده بغيرها كان له منعه والاقوى الاول لان الماذون فيه هو الوضع وقد حصل فلا
يجوز وضع اخر بعده الا باذن ... الرجوع فيها ... مستلزم العقود ... ومع العقد ... الارش
وهنا ... كثير من الاصحاب لم يذكروا ... ان يكون سببه ان الشيخ كان ذكر اولا في الكتاب انه لو انهدم
الحائط او هدمه المستعير لم يكن له الاعادة الا باذن مستانف ولم يرد بذلك ... قاله الآخر ... بعض الشافعية كما
ان القول الاخر ... بين الحكمين المختلفين من مذهب **قوله** ولو صالحه على الوضع ابتداء جاز بعد ان يذكر عدد الخشب ووزنها
وطولها انما اعتبر ذكر الطول مع الوزن لاختلاف ... الحائط به باختلافه في الطول وان اتفق في وزنه وانما اعتبر ذكرهما
... ولا بد مع ذلك من ذكر المدة ... ولو كانت الآلات مشاهدة استغني عن اعتبارها بذلك واكتفي بتعيين المدة ...

بقي له ابتداء اما لو وقع الصلح بعد البناء فانه لا يفتقر الى تعيين المدة لصيرورة الباقي معلوما بخلاف ما اذا لم يبين لتفاوت الضرر
ولا ضابط يرجع اليه عند الاطلاق وفي الخشب الآجر واللبن في الحائط فيكفي فيها العادة نعم لو كان الصلح على البناء عليها
زيادة عليه افتقر الى ذكر الطول وسمك اللبن لاختلاف الامر به واختلافهما ... الموضع على حائط مملوك للغير اما لو كان
مصالح عامة بحيث لا يكون له مالك على الخصوص كالمسجد ... لم يجز لاحد البناء عليه ولا الوضع بغير اذن الحاكم قطعا
... الاذن بعوض ... جوازه ... على الموقوف ... نظرا الى المصلحة ... العوض وعدمه ... في الوقف
ولانه ... على ... الادمان ... **قوله** اذا تداعيا جدارا مطلقا ولا بينة ...
عليه الى قوله ... المراد بالاطلاق هنا ان لا يكون متصلا ببناء ... يوجب كونه لاحدهما شرعا كاتصاله ... احدهما
... من جملة العقود ... ارض احدهما ... فان الحلاف ... جميع ذلك لم يكن لاحدهما عليه يد او يكون لهما
يكون بين ملكيهما ولا مرجح ... ان يستوي نسبتهما اليه ... اقام بينة حكم له به وان فقداها حلف كل واحد لصاحبه
وكان بينهما نصفين وكذا لو نكلا عن اليمين ولو حلف احدهما ونكل الآخر ثبتت للحالف وهو واضح **قوله** ولو كان متصلا
ببناء احدهما كان القول قوله مع يمينه ... متصلا به اتصال ترصيف وهو تداخل الاحجار واللبن على وجه يبعد كونه محدثا
مثله ما لو كان لاحدهما عليه قبة او غرفة او سترة لانه يصير بجميع ذلك صاحب يد فعليه اليمين مع فقد البينة ... اتصل
بما كذلك ... البناء ... جدار ... والآخر ... اليد لهما ... كان لاحدهما ... والباقي مع الآخر
... الترجيح فيحلفان ويقسم بينهما كما يقسم لو نكلا الى تمام ما تقدم **قوله** ولو كان لاحدهما عليه جذوع
... مع اليمين وهو الاشبه القول بعدم القضاء به ... الشيخ ... كون ... الدين
دلالة ظاهرة على ... ووضع الجذوع ... كاختصاص احد الساكنين بزيادة الامتعة
... على اليد ... الوجوه السابقة ... وضع الجذع ... اليد للواضع ويبقى
... ويكون حكم الجذع ما سلف من المرجحات ... **قوله** ولا ترجح دعوى احدهما بالخوارج
التي في الحيطان ولا الروازن ... المراد بالخوارج كل ما خرج عن وجه الحائط من نقش ... لا يعيد الترجيح
... الجدار ... والروازن النافذة
لما ذكر **قوله** ولو اختلفا في خص ... الدار ... الخص بالضم البيت الذي يعمل من القصب والخط
بالكسر ... الخص ... ومن ... روى العامة عن النبي
... ان الاخوان ... الطرفين ... فقضى ... فلا يتعدى
... **قوله** لا يجوز للشريك في الحائط التصرف فيه ببناء ولا تسقيف ولا ادخال خشبة الا باذن
شريكه ... الاموال المشتركة ... لاحد الشريكين التصرف الا باذن الجميع ... الانتفاع كضرب الوتد
... الكوة ... الاشتغال ...
... لانه ... المنع ...

ولا ... الشريك في ملكه حيث ... بالجدار المشترك ... الجدار بحيث لا يقع تصرفه عليه جاز له ذلك لانه يكون
الاعتراض ولو ... ولو انهدم لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته او لا يجب على الشريك عمارة
جدار المنهدم ... الكلام فيه لكن هل يتوقف العمارة على اذن الشريك ام يجوز له البناء وان ... قولان
احدهما توقف العمارة على اذنه لانه مال مشترك فيمتنع التصرف فيه بدون اذن الشريك كما سلف والثاني عدم الاشتراط
لانه نفع ... الشريك ... بحائطه ولا ... في نفقته ... عليه ... وهو قول الشيخ والاول اقوى ...
فرق بين اعادته بالآلة المشتركة فلا يشترط رضاه وبين اعادته بالة من عنده فيشترط لانه على الاول ... شريكا كما كان
بخلاف الثاني ثم على القول باعتبار اذنه لو خالف ... فهل للشريك نقضه ... حيث ... ملك غيره ...
حينئذ ... الذي كان عليه ... ثابتة كانها مغصوبة ... والاقوى العدم ان كان بناؤه
بالآلة المشتركة لان هدمه ايضا تصرف في مال الغير وهو الشريك ... الفائدة في الاثم و
... عدوان محض ... ارض الغير ... على القول بتحريم نقضه لو هدم
الشريك لزمه الارش ... على تقدير اعادته بالآلة مختصة بالمعيد ... الشريك من وضع خشبة عليه
دون الاول ... الشيخ الشريك في الثاني بين ... واعطاه نصف قيمة الحائط ... يمنع
عليه والاقوى ... ذلك ... الشريك ... توقف البناء على اذن الشريك ... يرفع امره الى الحاكم
على المساعدة او الاذن فان امتنع اذن الحاكم ... يرجع ... الشريك ... والاقوى الثاني لان
الشريك لا يجبر على العمارة ... على الانفاق ... الشريك ... مجانا ... **قوله** وكذا لو كانت الشركة
في دولاب ... الحكم ... الجدار ولا فرق بين كون الشركة ... عمارته ...
وانما خالف فيه بعض العامة ... الشريك على المساعدة على العمارة ... المذكورات دون الحائط ... الى
لا يمكن من المقاسمة ... بخلاف الحائط فانه يمكن قسمته مع شريكه ... العرصة والحائط
تكون ... **قوله** وكذا لا يجبر صاحب السفل ولا العلو على بناء الجدار الذي عليه العلو لانه لا يجب على الانسان
عمارة ملكه لاجل الغير ... ولا العلو وسقفه ... صاحب السفل ... وجب ...
البناء ... عمارة ... والجدار ... العلو ... السفل ...
... الوجهان السابقان ... حكم العلو ... على حائط ...
... اذا انهدم الحائط ... **قوله** ولو هدمه بغير اذن شريكه وجب عليه اعادته وكذا لو هدمه ...
... المشهور وجوب الاعادة ... الشيخ ... الهدم ... الارش ...
... ومقتضى ... الاعادة ... الشهيد ... اعادته ...
... المثلية في ... **قوله** اذا تنازع صاحب السفل والعلو في جدران
... البيت ... القول قول صاحب البيت ... صاحبه مع يمينه ... جدران البيت
... جدران البيت ... الغرفة

او لا تعلق لصاحب البيت بها لكونه موضوعا على ملكه وان تعلقه به ... لكن الاول اجود **قوله** ولو تنازعا في السقف قيل
ان حلفا قضي به لهما وقيل لصاحب العلو وقيل يقرع بينهما وهو حسن ... المراد بالسقف الحامل للغرفة المتوسط بين البيت والعلو
باستوائهما ... الشيخ في المبسوط ... سقف لصاحب البيت وارض لصاحب الغرفة فكان كالجزء من كل منهما والقول الثاني
... العلامة ... لان الغرفة انما يتحقق بالسقف الحامل ... والبيت قد يكون بغير سقف ... فان
ان هذا ... فلا بد من تحققها ... القول بالقرعة للشيخ ايضا ...
... الاشتباه ... والاوسط
... السقف الذي ... البيت ... الذي لا يعقل احداثه بعد بناء الجدار
الاسفل ... الاخراج بعض الآجر ... وجه الجدار ... العقد ... الترصيف بين السقف
والجدران وهو ... البناء من كل ... **قوله** اذا خرجت اغصان
شجرة الى ملك الجار وجب عطفها ان امكن والا قطعت من حد ملكه وان امتنع صاحبها قطعها الجار ولا يتوقف على اذن الحاكم ... يمكن
كون الوجوب ... المحكوم به مالك الشجرة ... الوجوب عليه ظاهر لان دخولها ... على ملك الغير يوجب ...
فيه ... بملكه وهو غير جائز ... التخلص منه ... وجوب ... العبارة اشتراط
وجوب العطف بالامكان وترتيب القطع على عدمه مع ان المالك قطع شجرته ... اولى ... الامرين
المذكورين بالنسبة الى مالك الارض لا ان الوجوب ... بالمعنى ... التبوت لانه احد معانيه لغة
وهذا الحكم ثابت ... ان امتنع صاحبها ... الجار لان مقتضاه ان المامور بالعطف هو مالك الشجرة
... الترتيب بان تقطع الشجرة مع امكان عطفها ... قطع المالك
... غير مقصودة ... المال بغير اذنه ... قطعها الجار ولا بد من تقييده ايضا بعدم
امكان عطفها ... الواجب على مالك الشجرة تفريغ ارض الغير
من ماله ... مالك الارض والهواء ... العطف على القطع مع امكانه ولا يثبت الحكم
المذكور في الاغصان ... العروق ... الحاكم حيث يمتنع صاحب الشجرة كالاخراج ...
... مالك الارض ... المالك ...
على اذن ... اذن الحاكم مع امتناعه
اذ لا يجوز التصرف في مال الغير بغير اذنه ... مالك الشجرة ... عليه ... وان جاز للمالك
الارض ... مع امكان العطف ... جميع ما يقطع
تفاوت ما بينه وبين المعطوف ... القطع ... العطف ...
شرعا ولو مضت مدة طويلة عليها ... مالك ... الارض والهواء ... الارض ...
تحت الاغصان ... القطع ... زيادة على حقه ... حكم الشجرة
التراب المنتقل الى ملك الغير والحائط المائل ... المبادرة الى تخليص الارض ... التراب ... سلم من
حقه ... **قوله** ولو صالحه على ابقائه في الهواء ... الصلح ... الى قوله

١٠١

لان ومنع الحمل على الدابة ... كمال الاستيلاء فيرجح صاحبه والمراد ان لكل واحد منهما مع ذلك عليه يد بان كانا قابضين
بزمامه ونحو ذلك ليحصل الترجيح اما لو كان لاحدهما حمل ولا يد للاخر فلا شبهة في الترجيح ويكون ان يكون المراد ان احدهما قابض بزمامه
والاخر عليه حمل ... كالمسئلة الراكب وقابض اللجام فانهما استويا في الحكم عنده الا ان مسئلة الحمل اقوى

[illegible]

كتاب الشركة

قوله كتاب الشركة [illegible]

[illegible]

١٠٢

[illegible]

العمل وطريقه معرفة ان [illegible] اجرة مثل عمله على احدهما الى اجرة مثل العاملين [illegible] هذا مع العلم بالمثلية

ومع الجهل [illegible] المتقدم من الفساد و[illegible] الشافعي اقوى وكذا القول [illegible] **قوله** ولا تجوز

شركة الوجوه وتسمى [illegible] ان يشترك اثنان وجيهان عند الناس لا مال لهما [illegible]

[illegible]

قوله ولا تجوز شركة المفاوضة وهي ان يشترك شخصان فصاعدا على ان يكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويلتزمان من غرم ويحصل لهما من غنم ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الاخر من ارش جناية وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة الضمان وكفالة ومقاسمة [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

الموقوف عليه كالوقف واقف نصف عين على شخص وذريته والآخر على غيره كذلك جاز للموقوف عليهما الاقتسام بحيث يميز ان
كل وقف على حدته وكذا الذريتين هما دون الذرية الواحدة ولو كان التعدد فيهما على غير هذا الوجه كالوقفين ان كل واحد من
الاثنين لحكم حكم المتحد والضابط ان الوقف الواحد لا يصح قسمته وان تعدد الواقف والمعرف وهو المراد من العبارة قوله ولو كان
الملك الواحد وقفا وطلقا صح قسمته لانه تمييز للموقوف من غيره فعلى هذا ان لم يشتمل على ربا اذ اشتملت كان المردود من الموقوف
عليه لانه زيادة في الوقف ولو انعكس الحال لم يصح لانه بيع جزء من الوقف ثم على تقدير المردود من الموقوف عليه هل يصير جميع
حصته وقفا ام يكون ما قابل المردود من الحصة ملكا له لانه معاوض عليها احتمالان الثاني اوجه نعم لو كان في مقابلة المردود
محض الجودة كان الجميع وقفا لعدم قبوله للانفصال ولا فرق في جواز قسمة الوقف من الطلق بين كون الجميع لواحد او مختلف
قوله لو دفع انسان دابته وآخر راويته الى سقاء على الاشتراك في الحاصل لم ينعقد الشركة وكان ما حصله للسقاء وعليه اجرة
مثل الدابة والراوية اجارة ولان الاجرة غير معلومة فالحاصل من العمل للسقاء وللآخرين عليه اجرة مثل مالهما لذلك العمل في هذا
يتم بطلان هذه الشركة ظاهر مما سبق لانها ليست من شركة الابدان وشركة الاموال مع عدم مزجها فيقع باطلة ولا من يكون
صاحب الدابة والراوية مع كون الماء ملكا للسقاء او مباحا ونوى الملك لنفسه او لم ينو شيئا اما لو نواه لهم جميعا كان كالوكيل
والاقوى انهم يشتركون فيه ويكون اجرة الدابة والراوية والسقاء عليهم اثلاثا فيسقط عن كل واحد ثلث الاجرة المنسوبة اليه و
يرجع على كل واحد بثلث ويكون في سعيه للماء نيته له الوكيل لانه [illegible] العقود [illegible] مع فساد الطلاق في
والاقوى ان المعاوضة على الماء على الحيازة [illegible] وقلنا بعدم الافتقار اليها فالحاصل من العمل بينهم اثلاثا ويرجع كل واحد
على الاخرين بثلثي اجرة نفسه او ماله فلو فرضنا ان السقاء حصل بعشرين وكان اجرة مثله خمسة عشر واجرة الدابة
اثني عشر والراوية ثلاثة فلكل واحد منهم من الحاصل ثمانية لانه عوض الماء [illegible] من جواز التوكيل في حيازة المباح
وسيأتي تحقيقه ثم يرجع السقاء على كل واحد منهما بخمسة ويرجع صاحب الدابة على كل واحد باربعة وصاحب الراوية بدرهم فيأخذ من
السقاء خمسة ويعطيه اربعة فيفضل له ثلاثة عشر ويأخذ من صاحب الدابة ستة ويعطيه اربعة فيبقى معه عشرة ويأخذ
من صاحب الراوية تسعة ويعطيه درهمين يفضل له من المجموع درهم فالمجتمع معه [illegible] عشرون [illegible] من عوض الماء ولو
حكم بالمجموع للسقاء ولم يقع اجرة مثل مالهما لما الزائد [illegible] حكم [illegible] خاصة [illegible] بعدم جواز التوكيل
في تملك المباحات قوله لو حاز شخص الاحتطاب والاحتشاش بنية انه له ولغيره لم يؤثر تلك النية وكان باجمعه له خاصة وهذا الحكم
انما يتم لو لم يكن وكيلا للغير في ذلك والا فالاقوى [illegible] الاشكال الذي ذكره في توقف تملك المباح على النية فانا لو قلنا بتوقفه وكان وكيلا
ثبت الملك لهما ولو قلنا بالعدم توقف في ثبوت الملك للمحيز نظرا الى حصول علة الملك وهي الحيازة فيثبت المعلول ومن وجود
المانع للملك وهو نيته عدمه بل اثباته للغير ولا يلزم من القول بعدم توقف تملك الحائز على النية عدم توقفه على عدم النية
الصارفة عن الملك والا لكان الملك قهريا وان لم يرده كالارث ولا دليل عليه والا لكان من [illegible] عن الطريق او عطف [illegible]
[illegible] بعيد جدا ويمكن اندفاع ذلك على تقديره بان يعد
الاعراض عنه [illegible] للغير كالاعراض عن المال اليسير وبقايا الثمرات والسنبل [illegible] هنا اولى وبالجملة ففي
الحكم بملك المحيز [illegible] للغير [illegible] على القولين ولعل الاقوى انه لا يملك الا ما نواه لنفسه [illegible] الباقي
وهل يفتقر المحيز في تملك المباح الى نية التملك قيل لا [illegible] تردد [illegible] اليد سبب الملك [illegible]

١٠٥ بمجردها فلا يملك بها قطعا واما الثاني [illegible] على المراد والفصل عنه [illegible] عدم الملك في المباح [illegible] حصل
بالحيازة والنية معا فيبقى الباقي ولكم [illegible] ما يوجد في جوف السمكة التي اصلها الاباحة [illegible] مع تحقق الحيازة لها
لها وانما تخلفت النية لعدم [illegible] بما في بطن السمكة مما لا يعتبر الحائز عادة [illegible] ولو سلم
[illegible] القصد الى المحوز [illegible] ولو [illegible] الا النية ففيه نظر لان الاول مصادرة محضة اذ لا شك في حصول [illegible]
لجميع ما صار تحت يده [illegible] واشتراط العلم في تحقق الحيازة غير واضح [illegible] الى الاسباب [illegible] وضع اليد [illegible]
[illegible] عليه ولان [illegible] السمكة [illegible] غير شعور بها [illegible] النية اذ لا يعتبر في النية سوى
قصد الحيازة [illegible] بين الاجزاء [illegible] الاجزاء [illegible] الا ان يجوز
والنية ولئن سلم عدم [illegible] لم يتعرض [illegible] عنه [illegible] لم يبق [illegible] النية قبل
لو اشترطت النية في حصول الملك لصح البيع [illegible] الملك والثاني [illegible] الناس [illegible] على
العلم بحصول النية حتى [illegible] الواقع [illegible] الملك قدم مدعي الملك
لا يلزم من [illegible] ظاهرا [illegible] الشارع [illegible] دليلا [illegible] الواقع [illegible] دليلا
اشتباه الحال [illegible] البيع [illegible] المسلمين [illegible] الملك [illegible] المحيز
شيء [illegible] وبين [illegible] الحيازة ولا الملك [illegible]
انفق [illegible] الحكم [illegible] الملك [illegible] الحيازة [illegible]
كيف يحكم له بالملك [illegible] على هذا فالذي [illegible] الناس على [illegible] اليد على ظاهر الملك
لا الحكم بالملك في نفس الامر والكلام انما هو في تحقق الملك للمحيز [illegible] وبين [illegible] الى [illegible]
بين الامرين وقد كان الامام فخر الدين اورد [illegible] بيع الحائز قبل نية التملك فاجابه بان نية البيع [illegible]
الملك وهو حق لان الغرض من هذه النية [illegible] قصد الاختصاص وارادة البيع [illegible]
المباشرة بل قد يتفق من الوكيل والوارث الذي لا يعلم بالحال [illegible] من ان الحكم [illegible] على [illegible]
كان في نفس الامر لم يتحقق الملك ومثله كثير واورد ايضا حيازة الصبي والمجنون فانهما لا قصد لهما ولا يعتد [illegible]
[illegible] ذلك فان الصبي المميز يعتبر قصده [illegible] في كثير من الاحكام الشرعية واما المجنون فامره غير منضبط
فان من المجانين من يقصد الى الاختصاص [illegible] وهو [illegible] من كثير العقلاء ولا شك في حصول الملك
لهذا النوع ومنهم من لا قصد له وهذا لا يصلح لتملك المباح بمجرد الحيازة [illegible] الحكم [illegible] على الحكم [illegible]
فمن لم يحصل القصد الى الاختصاص بالمباح فالاصل يقتضي عدم الملك [illegible] المباح هذا بالنظر الى المحيز نفسه واما
بالنظر الى غيره [illegible] الحكم له [illegible] ظاهرا [illegible] الشارع دليلا
ظاهرا على الملك [illegible] من هذا الباب [illegible] المباحات التي قد يحصل عليها اثر اليد فانه يحكم
بها [illegible] اليد [illegible] عدم النية [illegible] اليد [illegible]
[illegible] الاغراض [illegible] الطريق والطعام [illegible]
[illegible] بالباقي والاصل [illegible] البقاء على الاباحة [illegible] اليد وان كان الفاعل [illegible]

بينهم [illegible] الشرط لحصول الملك ويظهر الفائدة فيما لو داوى الفاعل لحد اخذ بحاله بعد ذلك فوقها الشرع بتقدم قوله بلا بد له اليد
وفيما بينه وبين الله تعالى لا يجوز اخذه منه لعدم حصول ما يقتضي الملك واعلم ان المسألة موضع تردد لكثير من كلام الفقهاء كما
على ما رأيت والشيخ والعلامة في كثير من كتبه وجماعة اخرين وجملة الاقوال فيها يرجع الى الاكتفاء بمجرد الحيازة والاعتبار
معها الى النية والاكتفاء بالحيازة مع عدم نية التملك ولو نوى عدمه اثرت ولم يجز الملك وهذه المسألة لا يتعلق بكتاب
الشركة الا بواسطة مسألة السقاء والصياد ونحوهما لانها كالمقدمة لها فلو ذكرها قبلها او في حكمها اعلى [illegible] كان في
ارفق الوضع قوله لو كان بينهما مال بالسوية فاذن احدهما لصاحبه في التصرف على ان يكون الربح بينهما نصفين لم يكن قراضا
الى قوله بل يكون بضاعة المراد بالبضاعة هنا المال المبعوث مع الغير ليتجر فيه تبرعا قال في الصحاح البضاعة طائفة من مالك
تبعثها للتجارة تقول ابضعت واستبضعت جعلته بضاعة وانما كان هذا بضاعة لانه لم يشركه في الربح فلا يكون قراضا
ولا شركة لانه لم يعمل معه وبناء الشركة على عمل الشريكين فاذا اعمل الشريك صح وكان الربح بينهما على نسبة المال وعمله معه معونة وتبرعا لانه لم يشترط لنفسه في مقابلته عوضا قوله اذا اشترى احد الشريكين متاعا فادعى الاخر انه
اشتراه لهما وانكر فالقول قول المشتري مع يمينه لانه اعرف بقصده وانما قبل قوله لما قلناه في الوجه الاول انه وان كان وكيلا
الا انه لا يتعين عليه العمل بمقتضى الوكالة لانها ليست بلازمة فاذا نوى بالشراء لنفسه وقع له فيقبل قوله في دعوى نيته
مع يمينه لانه ابصر بنيته وانما يتوجه دعوى الشريك عليه اذا احتملها على وجه مسموع بان يدعي اقراره بذلك ونحوه
اما لو ادعى الاطلاع على نيته فلا لم يكن مسموعا لامتناع ان يكون معرفة الامر قبله نعم لو جعلها تهمة اتجه فيها ما في
دعوى التهمة لانها من الامور الخفية واما الثانية فلانه وكيل والوكيل قوله مقبول في الفعل الموكل فيه كما سبق قوله لو باع
احد الشريكين سلعة بينهما وهو وكيل في القبض وادعى المشتري تسليم الثمن الى البايع الى قوله لارتفاع التهمة عما يرده
من حق المقر فلا عبرة اذن بوصول حصته الى وكيله وهو البايع واما قبول شهادته على المقر على القابض اعني المدعى عليه القبض
وهو البايع في النصف الآخر وهو نصيب البايع فلعدم التهمة في هذه الشهادة لانه لم يشهد لنفسه بل على شريكه والشهادة على
الشريك مقبولة هذا اذا كانت شهادته بقبض حصته خاصة اما لو كانت الشهادة بقبض الجميع ففي قبولها نظر من عدم
سماعها في حصة الشاهد فتتبعض والشهادة اذا ردت في بعض المشهود به هل تسمع في الباقي ام لا وجهان واعلم ان ههنا
دعويين احدهما بين المشتري والبايع والثانية بين الشريكين والمصنف ذكر حكم الاولى ودعوى الثانية مع ان الثانية
بباب الشركة اولى اما الاولى فان تقدمت فطالب البايع المشتري بنصيبه من الثمن فادعى وصوله اليه فان اقام البينة برئ
من المقبوض اما من حق البايع فالبينة واما من حق الشريك فيها وبالاقرار ويقبل هنا شهادة الشريك على المقر البايع بالاداء
اليه ان كان عدلا اذا شهد بحصة البايع خاصة لانتفاء التهمة وفي الشهادة بالجميع ما مر وان لم يكن للمشتري بينة بالاداء
فالقول قول البايع مع يمينه فان حلف استحق اخذ نصيبه خاصة لاعتراف شريكه ببراءة المشتري من حقه بقبض وكيله له
ببطلان وكالته بفعل متعلق الوكالة ولا يشارك الشريك البايع فيما يقبض وان كان المال في الاصل مشتركا فقد حصل بعضه
ودعوى الباقي لاعترافه بان هذا المقبوض ظلم وان الحق في ذمة البايع بالقبض الاول ولو نكل البايع عن اليمين ردت على المشتري
فان حلف انه اقبضه الجميع انقطعت عنه المطالبة وان نكل الزم بنصيب البايع وان لم يقض بالنكول الا بما الزم بقاء الثمن في
ذمته حيث لم يثبت الاداء بحصة البايع وحيث يثبت الاداء الى البايع بالبينة فللشريك المطالبة بحصته الا ان يثبت ذلك

١٠٦ بشاهد ويمين او باليمين المردودة على المشتري او ينكل البايع ان حصته [illegible] لان ذلك انما يؤثر في حق المتخاصمين لا في حق غيرهما
اما الدعوى الثانية بين الشريكين فان اقام الشريك البينة بقبض البايع طالبه بحقه كما مر والا فالقول قوله في عدم القبض فان
حلف انقطعت عنه الدعوى وان نكل او رد اليمين حلف الشريك المقر واخذ منه حصته ولا يرجع البايع بذلك على المشتري لاعترافه
بظلم الشريك في فعله ولانقطاع وكالته بفعل متعلق الوكالة كما مر ولبراءة المشتري من دين الآخر باقراره فلا [illegible]
ان البايع ادعى على المشتري فيرجع به هذا الحكم للخصومتين اذا تقدمت الاولى ولو تأخرت عن الثانية فالحكم كما مر الا
ان الشريك المقر لا تقبل شهادته على البايع لسبق خصومته واما المشتري فلا يقبل شهادته للمقر على التقديرين قوله
ولو ادعى تسليمه الى الشريك فصدقه البايع لم يبرأ المشتري من شيء الى قوله فالقول قوله مع يمينه المراد في هذه المسألة
مع شريك البايع الاذن في قبض البايع وهي في مقابلة الاولى وجملة احكامها ان البايع اما ان يكون قد اذن للشريك
في قبض حصته ايضا او لا وعلى التقديرين فاما ان يكون الشريك المدعى عليه اذن ايضا للشريك في القبض ام لا فان كان
الشريك مأذونا له في القبض برئ المشتري من حصة البايع لاعترافه بقبض وكيله ثم يبقى هنا خصومتان احدهما
بين البايع والشريك والاخرى بين المشتري والشريك والمصنف ترك حكم هذا القسم لامكان استنباطه مما تقدم وان لم
يكن مأذونا له في القبض لم يبرأ المشتري من حصة البايع ولم يتوجه بينهما خصومة لانه لم يكن في حصته اليه وكيله
ولا من حصة الشريك لانكاره فيقدم قوله بيمينه مع عدم البينة ثم اذا طالب البايع بحصته فللشريك مشاركته
فيه لانكاره القبض كما في قبض كل مشترك وله ان لا يشاركه ويطالب المشتري بجميع حقه فان شاركه اخذ البايع ربع الثمن
خاصة وليس للبايع مطالبة المشتري بعوضه لاعترافه بظلم الشريك له في المشاركة وبراءة ذمة المشتري وانعزاله عن
الوكالة بقبض الشريك واما الشريك فيستكمل حصته من المشتري على تقدير الشركة للبايع لان حقه بحصة فيها قوله
وقيل يقبل شهادة البايع والمنع في المسئلتين اشبه اي يقبل شهادة البايع للمشتري في قبض الشريك منه لعدم
التهمة حيث ان الشريك ليس وكيلا للبايع وحق البايع باق على المشتري على التقديرين فليست الشهادة مستقصة ولا
نعم لكان الشريك مأذونا في القبض تقتضيا ولا انه [illegible] من المنع انه وان لم يكن شريكا المرافعة
الآن الشهادة تجر نفعا من حيث انه اذا قبض نصيبه بعد ذلك لم يسلم له ولا يشاركه فيه بناء على استحقاق المشاركة اذا
لم يثبت القبض وهذا هو الاشهر ولو قلنا ان الشريك يتمكن من قبض حقه من المشتركة بانفراده قبلت شهادته اذ لا تهمة
وسيأتي الكلام في ذلك واشار بقوله في المسئلتين الى شهادة البايع في هذه والشريك في السابقة وقد تقدم ما يدل
على وجه المنع في السابقة وانه يحتاج الى التفصيل قوله لو باع اثنان عبدين كل واحد منهما لواحد منهما بانفراده صفقة بثمن
واحد مع تفاوت قيمتهما قيل يصح وقيل يبطل لان الصفقة تجري مجرى عقدين فيكون ثمن كل واحد مجهولا والقول بالبطلان
للشيخ لانه مع تفاوت قيمتهما نصيب ثمن كل واحد منهما مجهولا اذ لا يعرف الا بالتقسيط والقسط لم يكن معلوما حال العقد
وحيث كان المالكين فيهما بمنزلة مبيعين في عقدين ويضعف بان الثمن انما وقع في مقابلة المجموع وهو معلوم والتقسيط
لا يقتضي التقسيط الغطاء والجهالة انما يتطرق بالاعتبار الثاني دون الاول ولهذا لو كان البيع عبدا لواحد او لاحدهما فيه حصة
والباقي للآخر ولم يعلم حصة كل واحد منهما صح بيعه صفقة واحدة وان اختلف العوض وجهل ما يخص كل واحد منهما وكونهما في حكم
العقدين لا يقتضي كونهما عقدين حقيقة مطلقا لو فسخ في احدهما افتقر بطلبه رد الاخر وليس كذلك لو كانا عقدين فالقول بالصحة

او نحو وقد تقدم البحث في نظيره في باب البيع فيما اذا باع ما يملك وما لا يملك بعقد واحد قوله اما لو كان العبدان لهما او كان الواحد
لزوال المانع المذكور حيث انهما لا يحتاجان الى تقسيط الثمن عليهما بل يقتسمانه على نسبة الحصص وكذا لو كان الواحد مع ان ذلك التقسيط
لو ثبت لا يكون [illegible] هنا لو عرض لاحدهما ما يبطل البيع كما لو خرج مستحقا او حرا فان البيع في نفس الامر انما وقع على المملوك ولا يعلم
من الثمن والوجه في الجميع ان ثمن المبيع عند العقد معلوم والتوزيع لاحق فلا يقدح قوله وكذا لو كان لكل واحد قفيز من حنطة
على انفراده لانقسام الثمن عليهما بالسوية ويشكل ما لو كان العبدان متساويي القيمة قال الشيخ في منعه انه منع من المختلفين بسبب
جهالة ثمن كل واحد منهما وقد نبه عليه المصنف بقوله مع تفاوت قيمتهما قوله وقد بينا ان شركة الابدان باطلة فان تميزت اجرة
[illegible]

١٠٧ [illegible]

١٠٨ [illegible]

كتاب المساقاة

[illegible]

من جملة الربح الآن الربح لم يحصل بعد لا يمكن تحصيله من اصل المال ايضا قوله ولو اذن له في التصرف مولى بالطلاق الأذن
ما يتولاه المالك في العادة لو تولى الأجير بنفسه لم يستحق اجرة والمراد بالاذن في التصرف هنا الاطلاق في عقد المضاربة لا يفتقر
العامل معه بانه يجوز التصرف الى اذن آخر وكان حقه ان يقول ولو اطلق العقد تولى العامل بالاطلاق ما ذكره وحاصله ان
المضاربة لما كانت معاملة على المال للاسترباح كان الاطلاق مقتضيا لفعل ما يتولاه المالك في التجارة بنفسه من عرض القماش
على المشتري ونشره وطيه واحرازه وبيعه وقبض ثمنه وايداعه الصندوق ونحو ذلك وهذا النوع لو استأجر عليه فالاجرة
عليه خاصة حملا للاطلاق على المتعارف اما جرت العادة بالاستيجار عليه كالدلالة والحمل ووزن الامتعة الثقيلة التي لم تجر
عادة التاجر بمباشرتها بحسب حال تلك التجارة من مثل ذلك التاجر فله الاستيجار عليه حملا على المعتاد ايضا ولو عمل هذا النوع
بنفسه لم يستحق اجرة لانه متبرع في ذلك ولو قصد بالعمل الاجرة كما لو جعل غيره توفير الحط لنفسه وتوسعا في الكسب ففي استحقاقه
لها وجه خصوصا على القول بان للوكيل في البيع ان يبيع من نفسه وفي الشراء ان يشتري من نفسه فيكون الوكيل في الاستيجار
ان يستأجر نفسه ولكن الاطلاق المذكور والمقاصة يقتضي العدم ولو اذن له المالك في ذلك فلا اشكال والمراد بقوله واستيجار من

[illegible]

[illegible]

[illegible]

اذن له والدفع الى البايع ماذون فيه فيكون من جملة القابلية واستقرب العلامة زوال الضمان هنا وتبعه ولده في الشرح لان
القراض امانة فعقده عليه يوجب كون المال امانة لان معنى العقد ترتب الاثر ولانتفاء علة الضمان لزوال الغصب ولانه اذن
في بقائه في يده وفيه نظر لان معنى كون القراض امانة من حيث انه امانة قراض وذلك لا ينافي الضمان من حيثية اخرى كالوكالة
غصبا فان الضمان قد يجامعها كما اذا تعدى العامل ولا يلزم من انتفاء علة الثبوت ثبوت علة الزوال واما اقتضاء العقد الاذن
في القبض فضعفه ظاهر لان مجرد العقد لا يقتضي ذلك وانما يحصل الاذن بامر اخر ولو حصل سلمنا ذلك والاذن كيف والعلامة
قد صرح في التذكرة بان كون المال في يد العامل ليس شرطا في صحة القراض فلو قال المالك انا ابقي المال في يدي وادفع الثمن كلما اشتريت
متاعا صح وربما قيل بعدم زوال الضمان وان اذن له في قبضه بعد ذلك لما تقدم من الادلة ويضعف بانه وكيل في القبض وان كان له
القبض مصلحة لانه كالوكيل بجعل ولو سقط عنه الضمان او قبضه ثم رده فلا اشكال في الزوال كما انه لو دفعه ثمنا الى البايع زال
اجماعا **قوله** وكذا لو اذن للعامل في قبضه من الغريم ما لم يجدد العقد لانه لا يخرج بالاذن عن كونه دينا لكن يقع القبض
للمالك فلو اشترى به بعد ذلك كان فضوليا الا ان يجدد عقد القراض وقوله ما لم يجدد العقد اي بعد القبض فانه يقع صحيحا وفيه
اشارة الى صحة القبض وان كان مترتبا على عقد فاسد **قوله** لو قال بع هذه السلعة فاذا نض ثمنها فهو قراض لم يصح لان المال
ليس مملوكا عند العقد والمراد بالمال الثمن الذي يجري به القراض وعدم مملوكيته واضح اذ لا يصح جعل العقد البيع ولانه مجهول
وقد تقدم ان المال المجهول لا يصح به ولان العقد معلق على شرط فلا يصح كالبيع خلافا لبعض العامة حيث جوزه كذلك **قوله**
ولو مات رب المال وبالمال متاع فاقره الوارث لم يصح لان الاول بطل والاقرار ابتداء قراض بعقد مستانف سواء كان بلفظ التقرير
ام غيره والمانع من الصحة كون مال القراض عروضا وهذا التقرير قراض جديد لبطلان الاول بالموت حيث انه من العقود الجائزة
والمالك الان غير العاقد ولو كان المال نقدا صح تجديده قطعا لكن هل يصح بلفظ التقرير قيل لا لانه يوذن باستصحاب الاول
وانفساخه لان ظاهره تركتك على ما كنت عليه والحال انه قد بطل والاقوى الصحة لان الغرض استفادة المعنى من اللفظ معنى
الاذن ولان عقد القراض لا يختص بلفظ كغيره من العقود الجائزة والتقرير قد يدل عليه ايضا **قوله** ولو اختلفا في قدر راس
المال فالقول قول العامل مع يمينه لانه اختلاف في المقبوض لا فرق في ذلك بين كون المال باقيا او تالفا بتفريط لاشتراك
الجميع في المقتضي وهو اصالة عدم زيادة ذمة العامل منه واليه اشار المص بقوله لانه اختلاف في المقبوض لان المالك يدعي انه
اقبضه الزائد وهو ينكره والاصل عدمه وادار الحكم ما لو كان تالفا بتفريط فان العامل ح غارم والقول قوله في القدر وهذا كله
اذا لم يكن قد ظهر ربح والا فقيل باشكال في جريان التعليل المذكور وهو الظاهر من اطلاق المص ومن فقهاء من انكار زيادة راس
المال توفير الربح فيزيد حصته منه فيكون ذلك في قوة اختلافهما في قدر حصته منه مع ان القول قول المالك فيه بيمينه و
لانه مع بقاء المال الاصل يقتضي كون جميعه للمالك الى ان يدل دليل على استحقاق الزايد ومع تلفه بتفريط فالعامل يقر للمالك
المالك واذا كان الاصل استحقاق المالك لجميعه قبل التلف الا ما اقر به للعامل فالضمان تابع للاستحقاق وهذا هو الاقوى
وربما قيل بان القول قول المالك الا مع التلف بتفريط وهو ضعيف جدا **قوله** ولو خلط العامل مال القراض بغيره ان المالك
لا بنية ضمن لانه تعدى غير مشروع لان مال القراض امانة والامانة لا يجوز خلطها كالوديعة ولا يبطل العقد بذلك وان ضمن
فيبقى الربح بينهما على نسبة المال هذا مع اطلاق العقد اما لو عمم له فلا يبعد الجواز كما لو قال اعمل ما شئت او براءتك ونحو ذلك مع المصلحة
لانه ونهاية لان الخلط قد يكون مصلحة في بعض الاحوال **قوله** ويلزم الحصة بالشرط دون الاجرة على الاصح وقد رجع هذا النزاع الى

111

ان المضاربة هل هي من العقود الجائزة الصحيحة المشروعة ام لا والقول بكونها صحيحة يلزم منه ان للعامل ما شرط له من الحصة وهو مذهب جميع العلماء
على اختلاف مذاهبهم الا قليلا من اصحابنا والحنفاء على انها متظافرة صحيحة من طرق اهل البيت عليهم السلام ومن طرق غيرهم وهو مذهب الشيخ
في بعض كتبه وتبعه جماعة الى ان الربح كله للمالك وللعامل عليه الاجرة لان النماء تابع للمال والمعاملة فاسدة لجهالة
العوض والحكم المنع من ذلك وهذه المعاملة بعد ثبوتها بالنصوص الصحيحة وعموم الادلة ان لم يحصل الاجماع والجهالة بالعوض مغتفر
في كثير من العقود كالمزارعة والمساقاة وببقية النماء للاصل بعد تسليم **قوله** ويشترط ان يكون الربح مشاعا فلو قال خذه قراضا والربح لي
قال في التذكرة المراد بالمشاع ان يكون ما يجعله مشتركا بينهما ويخرج به امور الاول ان يجعل لاحدهما شيئا معينا والباقي للاخر
ولم يذكره المص وهو باطل اتفاقا لانه ربما لا يربح الا ذلك القدر فيلزم ان يختص به احدهما وهو غير جائز وقد ذكر المص فيما ياتي
بالفرق بينه وبين شرط لاحدهما شيئا معينا والباقي بينهما الثاني ان يقول للمالك خذه قراضا والربح لي ووجه الفساد
اختصاصه بالربح المنافي لمقتضى العقد فان مقتضاه الاشتراك في الربح وهل يكون بهذه الصيغة بضاعة بمعنى ان العامل
استحق عليه الاجرة ام يكون قراضا فاسدا فيقتضيه الاخلال بشرط القراض مع العقد به المشهور الثاني فيكون الربح
للمالك وعليه للعامل الاجرة ووجه الاول النظر الى المعنى فانه دال على البضاعة وان كان بلفظ القراض ولان البضاعة توكيل
في التجارة تبرعا وهي لا تختص بلفظ وما ذكره دال عليها ولانه لا يحكم بالفساد اللفظ ما امكن حمله على الصحيح وذكر القراض وان
كان منافيا لبضاعة الا انه يمكن ان يكون هنا ماخوذا من معنى المساواة التي من احدهما المال ومن الاخر العمل من غير التفات
الى الاجر وهو اخذ بما اشتق منه المعنى الشرعي كما سبق ولو قيل ان ذلك بحسب اللغة والحقيقة الشرعية باباه امكن ان يجوز
فيه فان الحقايق اللغوية قد يصير مجازات شرعية وهو اولى من الفساد وفي المختلف اختار انه لا اجرة للعامل لانه دخل على
ان يكون متبرعا بالعمل وهذا اجتمل بناؤه على البضاعة وعلى القراض الفاسد وان ذاده عليه لعدم الاجرة نظرا الى دخوله
التبرع بل هذا وجه وهو قوي في الثالث حيث يقول خذه قراضا والربح كله لك ووجه فساده مامر ويحتمل كونه قرضا لدلالة
الربح عليه معنى كما يدل السابقة على البضاعة ولان القرض لا يختص بلفظ كما تقدم بل ما دل عليه وهذا دال عليه فعلى هذا يكون الربح
كله ضامن والمال مضمون عليه ولا شيء للمالك وعليه للعامل الاجرة ومحل الاشكال اذا لم يقصد القرض ولا القراض اما لو لم
يقصد شيئا او لم يعلم ما قصد فالاحكام فيه قراضا في الاول وقراضا فاسدا في الثاني باشكال **قوله** اما لو قال خذه فاتجر به
والربح لي كان بضاعة ولو قال والربح لك كان قرضا اشارة الى الفرق بين الصيغتين السابقتين الاولى على هذه مساوية القرض والبضاعة
هو التصريح بالقراض وهو حقيقة شرعية في العقد المخصوص بخلاف الاخيرة فهذا اذا اطلق اللفظ او قصد القرض والبضاعة
فلو قصد القراض فيه ما سبق اصالة الصحة اللفظ العقد خصوصا مع انضمام قصده فان التصريح بالقراض وتوجيه العقد اليه شرط
ولو اختلفا في القصد ابطل الحمل تقديم المالك لانه اعرف به والعامل نظرا الى ان اللفظ ترجح الى باب العقد ولو اختلفا في صحة
تقدم قول مدعي ما يصح معه العقد لاصالة الصحة وعدم الضمان **قوله** ولو شرط احدهما شيئا معينا والباقي بينهما فسد لعدم
الوثوق بحصول الزيادة فلا يتحقق الشركة وعدم الوثوق بالزيادة لا دخل له في الافساد بانفراده كما في عدم الوثوق ما يحصل
الربح وانما وجه الفساد اقتضاؤه لمقتضى المضاربة الاشتراك في جميع الربح كما تقدم ولحصول المنافي لكونه يجوز ان لا يربح الا ذلك بعينه
مثله ولهذا احتج به جماعة عليه بانه ربما لا يربح سواه وان وثق بالزيادة بل يعتبر على تقدير الزيادة وجميعه على تقدير عدمها
لو شرط له شيئا من عليه هذا ابطل العقد وان وثق بالزيادة **قوله** ولو قال خذه على النصف صح وقيل لا يصح لان المتبادر من العبارة

ان الربح بينهما نصفين وهو تعيين وان المالك لا يفتقر الى تعيين حصته لان نماء ماله تابع وانما يفتقر اليه العامل فيكون المراد
بالنصف انه للعامل لانه المحتاج الى الاشتراط وفيه نظر لان اللفظ كما يحتمل ذلك يحتمل ان يكون النصف للمالك الاخر لا يحتاج الى
ذكره لتبعيته للمال ونفسه وانتقال العقد الى تعيين حصة العامل لا يقتضي كون اللفظ المشترك محمولا عليه والقول بالصحة منتجه لشاهد
المعنى الصحيح من هذا اللفظ **قوله** وكذا على ان الربح بيننا ويقتضي الربح بينهما نصفين لاستوائهما في السبب المقتضي للاستحقاق و
الاصل عدم التفاضل كما لو اقر لهما بمال وكما لو قال المقر الشيء الفلاني بيني وبين زيد وخالف في ذلك بعض الشافعية فحكم ببطلان
العقد لان البينية تصدق مع التفاوت فيشتمل بينهما بجهل استحقاق الربح ودفع بمنع صدقها على غير التساوي مع الاطلاق
نعم لو انضم اليه قرينة صح حمله على غيره بواسطتها **قوله** ولو قال على ان لك النصف صح ولو قال على ان لي النصف واقتصر لم يصح لانه
لم يعين للعامل حصة والفرق بين الصيغتين ان الربح لما كان تابعا للمال والاصل كونه للمالك لم يفتقر الى تعيين حصته فان عينها
كان تاكيدا واما تعيين حصة العامل فلا بد منه لعدم استحقاقه بدونه فاذا قال النصف لك كان يقينا لحصة العامل وبقي
الباقي على حكم الاصل واما اذا قال النصف لي لم يقتض ذلك كون النصف الاخر لغيره بل هو باق على حكم الاصل ايضا فيبطل العقد و
يحتمل الصحة وحمل النصف الاخر على انه للعامل نظرا الى عدم الفرق بين الصيغتين عرفا وعملا بمفهوم التخصيص ويضعف بعدم استقرار
العرف على ذلك ومنع دلالة المفهوم والاجود البطلان **قوله** ولو شرط لغلامه حصة معهما صح عمل الغلام ام لم يعمل ولو شرطها لاجنبي
وكان عاملا صح وان لم يكن عاملا فسد وفيه وجه اخر وهو الاصل في الربح ان يكون بين العامل والمالك خاصة على ما بيناه
فلا يصح جعله للاجنبي ولو فرض كونه عاملا كان بمنزلة العامل المتعدد فلا يكون اجنبيا واما شرط حصة لغلام احدهما الى قوله
كشرطها للمالك ومنه لان العبد لا يملك شيئا ولو قلنا بملكه كان كالاجنبي وحيث شرط للاجنبي شرط عمل فلا بد من ضبطه العمل
بما يرفع الجهالة ويكون من اعمال التجارة لئلا يجاوز مقتضاها وانما وصفه بالاجنبية مع كونه عاملا لان المراد بالعامل هنا من
يكون اليه التصرف في جميع ما يقتضيه العقد وهذا المشروط ليس كذلك بل ما شرط عليه عمل مخصوص بان يحمل لهم البايع الى
السوق او يدل عليه ونحو ذلك من الاعمال الجزئية المضبوطة فلو جعل عاملا في جميع الاعمال كان العامل الذي هو احد ركني العقد
متعددا وهو غير محل الفرض وبهذا يندفع ما قيل من ان شرط العمل يا خذ كونه اجنبيا والوجه الاخر الذي اشار اليه المص في الاجنبي
قيل انه اذا شرط للاجنبي يصح الشرط وان لم يعمل لعموم المؤمنون عند شروطهم واوفوا بالعقود وقيل ان المشروط يكون للمالك
حيث لم يعمل رجوعا الى الاصل لئلا يتجاوز مقتضى العقد ولعدم العامل على ان له لم امر في له خاصة وهذا الوجه لم يذكره غيره وليس
بمعروف لذلك اطلقه في الرواية **قوله** ولو قال لك نصف ربحه صح وكذا لو قال لك ربح نصفه على الاشهر وحجة القراض في الصيغتين
وانه لا فرق بينهما من حيث المعنى لان النصف لما كان مشاعا فكل جزء من المال او ربح فنصفه للعامل ونصفه للمالك فيقتضي
الشركة وخالف في ذلك الشيخ في احد قوليه فجعل الثاني باطلا لمنافاته مقتضى القراض من ان يكون الربح بينهما وهنا قد شرط ربح
النصف الواحد للمالك لا يشاركه فيه العامل والاخر بالعكس وربما ربح نصف خاصة فيختص به احدهما او ربح اكثر من النصف فلا
يكون الحصة معلومة واجيب بان الاشارة ليست الى نصف معين بل مبهم فاذا ربح احد النصفين كذلك الذي هو ربح هو المال
والذي لم يربح لا اعتداد به وحيث كان النصف مشاعا فكل جزء منه له ربح نصفه **قوله** ولو قال لاثنين لكما نصف الربح صح وكان
فيه سواء ولو فضل احدهما صح ايضا وان كان حملهما سواء اما التساوي مع الاطلاق فلاقتضائه الاشتراك والاصل عدم
التفضيل ولانه المتبادر شرعا كما سبق في قوله بيننا واما مع التفضيل فهو صحيح عندنا وان اختلف عملهما لان غايته اشتراط

112

قليلة لصاحب العمل الكثير ولا ان الحصة على ما يشترطانه مع ضبط مقدارها ولان عقد الواحد مع اثنين كعقدين فيصح كالو قارض احدهما
نصف المال بنصف الربح والاخر بنصف الاخر بثلث الربح فانه جايز اتفاقا خلافا لبعض العامة حيث اشترط التسوية بينهما في الربح مع
استوائهما في العمل قياسا على الشركة الابدان وذلك والاصل ممنوع عندنا بالبطلان **قوله** ولو اختلفا في نصيب العامل فالقول
قول المالك مع يمينه لانه منكر للزائد ولان الاختلاف في فعله وهو اعرف به ولان الاصل تبعية الربح للمال فلا يخرج عنه الا
ما اقر المالك بخروجه هنا مع عدم ظهور الربح اما معه فظاهر المصنفين انه كذلك لعين ما ذكر وربما استوجه بعض المحققين التحالف
لان كلا منهما مدعي ومدعى عليه فان المالك يدعي استحقاق العمل المخصوص بالحصة الدنيا والعامل ينكر ذلك ويدعي القول بالتحالف
ضابطه كما سلف في البيع ان يكون كل واحد مدعيا بحيث لا يجتمعان على امر ويختلفان فيما زاد عليه وهو ضعيف لاتفاقهما على استحقاق
العمل انما هو بالدعوى لانه بعد تقضيه لا معنى لدعوى المالك استحقاقه وكذا قبله لان العقد الجائز لا استحق به العمل وانما
المال الذي اسلمه للمالك وحقيقة النزاع فيه يرجع فيه ما تقدم من الاصول **قوله** ولو دفع قراضا في مرض الموت وشرط ربحا
صح وملك العامل الحصة لا فرق في ذلك بين كون الحصة المشروطة للعامل بقدر اجرة المثل وان زاد ولا تعويت في ذلك على
الوارث حتى يعتبر من الثلث فان المتوقف على اجازته او نفوذه من الثلث هو ما يتبرع به المريض من المال الموجود حال التبرع
وهنا ليس كذلك لان الربح امر معدوم متوقع الحصول وليس لمال المريض وعلى تقدير حصوله فهو امر جديد يحصل بسعي
العامل وحدث على ملكه بعد العقد فلم يكن للوارث فيه اعتراض **قوله** ولو قال العامل ربحت كذا ثم رجع لم يقبل رجوعه
وكذا لو ادعى الغلط لما لو قال ثم خسرت او قال ثم تلف الربح قبلت انما لم يقبل قوله في الاولين لان انكاره مكذب لاقراره الاول
فلا يسمع كما في جميع الاقرار ولا فرق في ذلك بين ان يظهر لدعواه الكذب وجها كما لو قال كذبت لتبرك المال في يدي ام لا خلافا
لبعض العامة حيث قبل قوله في الاول لان ذلك واقع من بعض العاملين لاجل هذا الغرض وانما قبل قوله في الخسران او تلف
الربح فلانه امين وهذا اذا كانت دعوى الخسران في موضع يحتمل بان عرض في السوق ولو لم يحتمل لم يقبل بينه عليه **قوله**
العامل يملك حصته من الربح بظهوره ولا يتوقف على وجوده ناضا هذا هو المشهور بين الاصحاب بل لا يكاد يتحقق فيه مخالف
ولا نقل في كتب الخلاف من احد من اصحابنا ما يخالفه وجهه مع ذلك الاطلاق والنصوص بان العامل يملك ما شرط له من الربح
وهو يتحقق قبل الانضاض وقبل القسمة ولان سبب الاستحقاق هو الشرط الواقع في العقد فيجب ان يثبت مقتضاه متى وجد
الربح كما يملك عامل المساقاة حصته من الثمرة بظهورها ولان الربح مع ظهوره مملوك فلا بد له من مالك ورب المال لا يملكه
اتفاقا ولا يثبت احكام الملك في حقه فيلزم ان يكون للعامل اذ لا يملك غيرهما اتفاقا ولان العامل يملك المطالبة بالقسمة
فكان مالكا لان الانتفاع بالملك ولا يكفي في استحقاقها مجرد العلاقة لانه لا يباح ليست قسمة حقيقة والحالة هذه تقتضي لها حقيقية
ولانه لو لم يكن مالكا بالظهور لم يعتق عليه نصيبه من ابيه لو اشتراه والتالي باطل للحديث محمد بن قيس عن الصادق عليه
قال قلت له رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم قال يقوم فان زاد درهما واحدا عتق واستسعي في
مال الرجل والمقتضي للعتاق انما هو دخول شيء في ملكه ونقل الامام فخر الدين عن والده ان في هذه المسئلة اربعة اقوال ولكن لم يذكر
القائل لاحد منها احدها انه يملك بمجرد الظهور وثانيها انه يملك بالانضاض لانه قبله غير موجود خارجا بل هو مقدر موهوم و
المملوك لا بد ان يكون محقق الوجود فيكون الظهور موجبا لاستحقاق الملك بعد التحقق وطلا الموت شيئا منه ويقبض حصته من
الملوها سواء المالك والاجنبي وثالثها انه انما يملك بالقسمة لانه لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد ذلك شايعا في المال

كسائر الأموال المشتركة والثاني أن قبل الانفصال [illegible] في الربح ولا ملك لاختصاص [illegible] لأن القراض معاملة جائزة والعمل فيها غير مضبوط
فلا يستحق العوض فيها إلا بالتمام كالجعالة وأيضاً أن القسمة كاشفة من ملك العامل لأن القسمة ليست من الأسباب المملكة
المقتضي للملك إنما هو العمل وهو الذي على تمام العمل الموجب للملك [illegible] لم يذكر في المسألة من سائر الفقهاء من العامة والخاصة
سوى القولين الأولين وجعل الثاني للشافعي في أحد قوليه ولأحمد في أحد الروايتين ووافقه في الباقي على الأول ولكن لا يدري
لمن ينسب هذه الأقوال وهي مع ذلك ضعيفة المأخذ فإن الاستدلال [illegible] الربح قبل الانضاض غير موجود لأن المال [illegible] النقد
فإذا ارتفعت قيمة العرض زاد على رأس المال صار ما قابل قيمة رأس المال والزائد ربح وهو محقق الوجود ولو سلم أنه غير محقق الوجود لا يمنع
في كونه مملوكاً فإن الدين مملوك [illegible] موجود في الخارج بل هو في الذمة أمر كلي هذا ما على الثاني وعلى الثالث أنه لا ملازمة بين
الملك وضمان الحادث على الشياع وحينئذ يكون مالكاً ويكون ما يملكه وقاية لرأس المال فيكون الملك متزلزلاً واستقراره
مشروطاً بالسلامة وكذا لا منافاة بين ملك الحصة وعدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك ولأنه لو اختص بربح نصيبه لاستحق من
الربح أكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ولأن القسمة ليست من العمل في شيء فلا معنى لجعلها تمام السبب المملك فلا
لا تلحقها بالجعالة وقد نبه عليه في وجه الرابع من ضعف [illegible] الرابع لا يترتب عليها إذا تقرر ذلك فمعقول أن
تقدير الملك بالظهور فهو ليس بملك تام ولا مستقر لأن الربح وقاية لرأس المال فلا بد لاستقراره من أمر آخر وهو إما انضاض جميع المال
أو انضاض قدر رأس المال مع الفسخ والقسمة أو لا معها [illegible] التجارة من تلف أو خسران سواء كان
الربح والخسران في مرة واحدة أم مرتين في صفقة أم صفقتين في سفرة أم سفرات لأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال [illegible]
وذلك العقد فإذا لم يفضل شيء فلا ربح وهو محل وفاق [illegible] بعض أحكام ذلك **قوله** العامل أمين لا يضمن إلا بتفريط
أو خيانة المراد بالخيانة ما يعبر عنه في نظائره بالتعدي فإن استعمال شيء من أموال القراض [illegible]
لخيانة للمالك وتعدي للحد الذي [illegible] وبين التفريط أن التفريط [illegible] ما يجب فعله [illegible]
لاشتراكهما في [illegible] **قوله** ويقبل قوله في التلف [illegible] دعواه تلفه بأمر خفي كالسرق أو ظاهر كالغرق
ولا يمين [illegible] إقامة البينة عليه [illegible] كسائر الأمناء بل يقبل من القابض [illegible]
[illegible] **قوله** وهل يقبل قوله في الرد فيه تردد أظهره أنه لا يقبل [illegible] وجه عدم القبول ظاهر لأصالة العدم وكون المالك منكراً
فيكون القول قوله وكون العامل في ذلك مدعياً عليه البينة وثبوت التخصيص في مثل دعوى التلف لأمر خارج لا يتفق ثبوته [illegible]
المشهورة أن القراض العامل أمين كالمستودع [illegible] في عدم تقديم قوله من الضرر [illegible]
بالإطلاق [illegible] كل أمين [illegible] المستودع فإنه قبض لنفع نفسه والمستودع قبض لنفع المالك
[illegible] السبيل عليه لعدم قبول قوله [illegible] الضرر [illegible] للعامل من عدم قبول قوله
الحكم الشرعي [illegible] والتكليف بالإطلاق [illegible] المسألة [illegible]
[illegible]
[illegible]
الآن مثل هذا يأتي في دعوى [illegible] **قوله** إذا اشترى من ينعتق
على رب المال فإن كان بإذنه صح وينعتق فإن فضل شيء من المال عن ثمنه كان الباقي قراضاً [illegible] القراض

على طلب الربح [illegible] يكون بالإذن [illegible] من ينعتق على المالك لأنه [illegible] عدم اشتماله على الغرض
المقصود من العقد فإن أذن المالك في شرائه صح كما لو اشتراه بنفسه أو وكيله وعتق على المالك وبطلت المضاربة في ثمنه لأنه
التالف وصار الباقي رأس المال إن كان [illegible] بطلت المضاربة كما لو تلف جميع المال هذا إذا لم يكن في العبد ربح حين الشراء فإن كان
فيه ربح فهل يستحق العامل حصته في العبد أم يكون له الأجرة قولان مبنيان على وقت ملكه للحصة فإن جعلناه بالإنضاض
أو القسمة فلا إشكال في عدم استحقاقه هنا لانتفائهما وإن جعلناه بالظهور كما هو المشهور والمنصور احتمل كونه كذلك
كما اختاره المصنف لبطلان المضاربة بهذا الشراء لعدم كونه من متعلق الإذن فإن شراء المضاربة إنما يقتضي التقليب والبيع
لطلب الربح مرة بعد أخرى وهو منتف هنا لكونه مستعقباً للعتق فإذا صرف الثمن فيه بطلت وضمن المالك للعامل أجرة المثل كما
لو فسخ المالك بنفسه ويحتمل ثبوت حصة العامل في العبد لتحقق الملك بالظهور ولا يقدح فيه عتقه القهري لصدوره بإذن
المالك فكأنه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح وأتلفها فيسري على العامل مع يسار المالك إن قلنا بالسراية في
مثل هذا العتق القهري أو مع اختيار الشريك السبب ويغرم له نصيبه مع يساره وإلا استسعى العبد فيه والأول أقوى لأن
هذا الشراء ليس من متعلق العقد كما قررناه فإن قيل استحقاق العامل الأجرة إنما هو في العمل المحسوس للمضاربة فإن قلتم
بأن هذا ليس من أعمالها بل خارج عن مقتضاها يجب أن لا يستحق العامل شيئاً قلنا استحقاق الأجرة ليس مقصوراً على هذا العمل وحده بل
عليه وعلى ما تقدم من الحركات والسعي وغيره من المقدمات من حين العقد إلى الآن لأن ذلك كله من متعلقات العقد
قد فسخ باختيار المالك الذي هو في قوة فسخه فيثبت للعامل عليه الأجرة كما إذا فسخ المالك قبل أن يشتري العامل وبعد أن
يسعى ويسافر ويعمل ما شاء كل ذلك من المقدمات وأما هذا العقد فإنه وإن لم يكن من مقتضيات العقد لكنه عمل مأمور به من
المالك
من فاعل معتقد نفسه للعمل بالعوض فيجب أن يثبت له عليه أجرة مثله مضافاً إلى ما تقدم وعلى تقدير اتحاد العمل من حين العقد
فيه فعليه الأجرة إن كان مثله مما يقابل بالأجرة ولا فلا وحكم المصنف وغيره بالأجرة لا يبعد أزيد من ذلك بل المراد أن كان العمل مما
له أجرة فإن الإحالة على أجرة المثل يقتضي أن المثل أجرة قطعاً وبه يحصل الفرق بين عمل هذا العامل وعمل المتبرع الذي سبق عليه
التبرع والأجرة ليست من مقتضياته بخلاف القراض فإنه مبني على طلب العوض على عمله من حصته أو أجرة **قوله** وإن كان بغير إذنه
وكان الشراء بعين المال بطل إذا وقع شراء المذكور بغير إذن المالك فلا يخلو إما أن يكون الشراء بعين المال أو في الذمة وعلى
التقديرين فإما أن يكون عالماً بالنسب وحكم الشراء المذكور أو جاهلاً بهما أو بأحدهما خاصة فالصور ستة وعلى تقدير الشراء في
الذمة إما أن يذكر المالك للبائع لفظاً أو ينوي الشراء له خاصة أو يطلق وينوي نفسه خارجة عن هذا المقام والمصنف لم يفرق في
إطلاق كلامه بين العالم بالنسب والحكم والجاهل وخلاصة القول في ذلك أنه إذا اشترى بعين المال بطل أي لم يقع لازماً لكنه يكون
فضولياً يقف على الإجازة مع احتمال أن يريد بالبطلان حقيقته نظراً إلى النهي عن الشراء المذكور من حيث منافاته لغرض القراض
واشتماله على الإتلاف المحض وضعف بأن غاية التصرف في مال المالك بغير إذنه وذلك هو الفضولي بعينه والنهي فيه لا يبلغ حد
الفساد كنظائره هذا مع علمه بالنسب والحكم أما مع جهله فيحتمل كونه كذلك لأن الإذن في هذا المكان ينصرف إلى ما يكون بعيداً ونقيضه
للاسترباح ولا يتناول غيره لذلك فلا يكون ما سواه مأذوناً فيه والتباس الأمر ظاهراً لا يقتضي الإذن غايته أنه غير آثم لجهله
هو الذي دل عليه إطلاق المصنف ويحتمل صحة البيع ويحكم بعتقه على المالك قهراً ولا ضمان على العامل لأن العقد المذكور إنما يقتضي
شرط ما ذكر بحسب الظاهر لا في نفس الأمر لاستحالة توجه الخطاب إلى الغافل واستلزامه تكليف ما لا يطاق كما لو اشترى معيباً لم يعلم بعيبه

تلف بيد المالك العيب الفرق بين المعيب المسارع بجواز شراء المعيب اختياراً دون هذا ولا يدخل فيما نحن فيه لأن الكلام في حالة الابتداء
كالعيب المعوض الذي يأتي على النفس والحال أنه جاهل به حال قراضه في حالة أخرى لا تدخل في الخلط وكذا القول في تكليف
الغافل بما لا يطاق إنما يقتضيان عدم الإثم لا الحكم بصحة العقود التي يظن فيها الربح وإن ظهر على خلاف
ذلك بل على ضده فلا يكون هذا كذلك فالحكم موضع إشكال ويقوى الإشكال في جاهل الحكم خصوصاً جاهل الحكم
لأنه غير معذور ولعدم قدرته على التحفظ فإن العلم مقدم لنا أما جاهل النسب فقد تقدم وإن اشترى في الذمة لم يقع
للمضاربة لما تقدم من عدم تناول الإذن لها إن كان ذكر المالك لفظاً [illegible] ولم يجز خاصة وقع للعامل ظاهراً
وبطل باطناً فلا ينعتق ويجب عليه التخلص منه على وجه شرعي إذ ليس هكذا في نفس الأمر للنية الصارفة عنه [illegible]
وقع له مطلقاً **قوله** إذا كان المال لامرأة فاشترى زوجها فإن كان بإذنها بطل النكاح إلى قوله وهو شبهة لا شبهة في
صحة الشراء إذا كان بإذنها لأن المضاربة قبلها ويبطل النكاح لامتناع اجتماع الملك والنكاح على ما هو محقق
في بابه وإن كان بغير إذنها فقد نقل المصنف فيه قولين أحدهما الصحة والقائل به غير معلوم ووجهه أنه اشترى ما يمكنه طلب
الربح فيه ولا يتلف به رأس المال فجاز كما لو اشترى ما ليس بزوج والثاني بطلان الشراء كما ذكره المصنف من العلة وهي
حصول الضرر على المالكة بسقوط حقها ونفقتها فيكون ذلك دليلاً على عدم الرضا وتقييد لما أطلقت من الإذن بدليل منفصل عقلي
أو نحوه وينبغي على هذا أن يكون موقوفاً على الإجازة لما ذكرنا من وقوع عقد الفضولي عليها ويحتمل أن يريد به قائل البطلان
مطلقاً لما ذكر من القرينة المفيدة لتخصيص الأحوال المشتركة ولا يتعدى العلامة كذلك وإن كان القائل به غير محرز والأقوى
البطلان مع عدم الإجازة إذا تقرر ذلك فعلى القول بالبطلان يقع الحكم واضحاً وعلى قول من أبطله فكذلك وإن أجازته
بطل النكاح ولم يضمن العامل ما فات من المهر والنفقة لأن فواته مستند إلى اختيارها وعلى القول بالصحة يضمن ما فات
بسببه مع علمه بالزوجية لأن الفعوتية حاكمة من قبله لكن ضمانه للمهر ظاهر أما النفقة فمشكل لأنها غير مقدرة بالنسبة إلى
الزمان ولا موثوق باجتماع شرائطها بل ليست حاصلة لأن من جملتها التمكين في الزمن المستقبل وهو غير واقع الآن إلا
أن يقال بأنه يضمنها على التدريج وهو بعيد واللفظ اختصاص ضمانه بالمهر على هذا القول وهو الذي ذكره جماعة **قوله** رده
إذا اشترى العامل أباه فإن ظهر فيه ربح انعتق نصيبه من الربح ويسعى المعتق في باقي قيمته موسراً كان العامل أو معسراً
إذا اشترى العامل بمال القراض من ينعتق عليه كأبيه وخصه المصنف لأنه مورد الرواية فلا يخلو إما أن يكون فيه ربح حين
الشراء أو لا فإن لم يكون فإما أن يتجدد بعده الربح فيه أو لا فالبيع صحيح إذ لا مانع منه على أحدهما ولا عتق
إن كان فيه ربح من حين الشراء فلا يخلو إما أن نقول بأن العامل يملك حصته من الربح من حين ظهوره أو يتوقف على أحد الأمور
فإن قلنا بأحد الأمور لم ينعتق أيضاً فلا مانع من شرائه وإن قلنا بالأول ففيه أوجه اختار المصنف منها صحة البيع وانعتاق نصيب
العامل ولا يسري إلى نصيب المالك بل يستسعى العبد في باقي قيمته للمالك وإن كان العامل موسراً أما صحة البيع فلوجود المقتضي
وهو صدوره من جائز التصرف على وجه واستفاء المانع إذ ليس إلا حصول الضرر على المالك وهو منتف هنا لأن العتق إنما
على العامل دون المالك وأما عتق نصيب العامل فلاختياره السبب المفضي إليه كالإشتراء بالإرث وأما عدم سريان العتق على العامل مع
يساره فلصحيحة محمد بن أبي عمير عن محمد بن قيس عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا
يعلم قال يقوم فإن زاد درهماً واحداً عتق واستسعى في مال الرجل أطلق الحكم بالاستسعاء من غير سؤال عن حال العامل هل هو

موسر أو معسر وترك الاستفصال في مثل ذلك دليل العموم ويدل على أصل السؤال عن رجل معتق لمحل كونه مالماً بالربح
الأمرين ولأن التقويم عليه على خلاف الأصل إذ هو شغل الذمة بغير حق فيقتصر فيه على موضع الوفاق والوجه الثاني الحكم بالسراية
ويقوم على العامل مع يساره لاختياره السبب وهو موجب للسراية لأن اختيار السبب اختيار للمسبب كما سيأتي في التدبير وحملت
الرواية على إعسار العامل جمعاً بين الأدلة أو على تجدد الربح بعد الشراء كما سيأتي والثالث بطلان البيع لأنه مناف لمقصود
القراض إذ الغرض هو السعي للتجارة التي تقبل التقليب للاسترباح وهذا الشراء يعقب العتق لما فيه ذلك فيكون منافياً
للتجارة فيكون باطلاً لعدم الإذن فيه أو موقوفاً على الإجازة والوسط لا يخلو من قوة لولا إطلاق الرواية وأن ليكن فيه
ربح حال الشراء ثم ظهر بارتفاع السوق بني على الأقوال كما عرفت فإن قلنا بالملك بالظهور عتق نصيب العامل أيضاً قطعاً لحصول
المقتضي لكن هل يسري عليه لو قلنا به في السابق وجهان أحدهما العدم لعدم اختياره السبب وهو الشراء أو الولاء لم يملك شيئاً
بارتفاع السوق وهو اختيار للسبب وفيه نظر لأن الشراء ليس هو تمام السبب بل جزؤه والسبب القريب هو ارتفاع السوق
ولا دخل لاختياره فيه فلا يكون مختاراً للسبب بل جزء غير مقدور وكذلك إطلاق الرواية السابقة يتناوله لو لم يشمل
ما لو كان الربح موجوداً حال الشراء وتجدد العتق وقد ترك الاستفصال أيضاً فيعم كأمر والوجه الثاني عدم السراية لعدم
اختياره والسبب قد علم من مطاوي السابق والأولى تحرى الأولى لا معارضة إطلاق الرواية وهذا هو السر في إطلاق المصنف الحكم بالعتق من
غير نظر إلى تجدد الربح ووجوده وعدم السراية على العامل مطلقاً تقييداً بإطلاق النص وإن كان منافياً لما سبق من القواعد في بابه **قوله**
إذا فسخ المالك صح وكان للعامل أجرة المثل إلى ذلك الوقت ولو كان بالمال عروض [illegible] إذا انفسخ عقد القراض فلا يخلو إما أن يكون
فسخ من المالك أو من العامل أو منهما أو من غيرهما كعروض ما يقتضي الانفساخ من موت وجنون وغيرهما وعلى كل تقدير فإما
يكون المال ناضاً أو قد رأس المال أو جميعه أو بعضه دون ذلك وعلى التقادير الستة فإما أن يكون قد ظهر ربح
ولو بالقوة كوجود من يشتري بزيادة عن القيمة أولا فهذه أقسام المسألة وهي اثنان وثلاثون ولكن حكمها يختلف يحتاج إلى تفصيل
والمصنف ذكر حكم ما لو كان الفسخ من المالك مع تفصيل في أمر كما يرى ومن جملة أحكامها أن المال إن كان ناضاً ولا ربح أخذه المالك
ولا شيء للعامل إلا أن يكون الفسخ من قبل تفعليه أجرة العامل لمثل ما عمل على ما يقتضيه إطلاق المصنف لأنه عمل محترم صدر بإذن المالك
لا على وجه التبرع بل في مقابلة الحصة وقد فاتت بفسخ المالك قبل ظهور الربح فيستحق أجرة المثل على الفسخ ويشكل بأنه إنما يستحق
الأجرة في الحصة على تقدير وجودها ولم توجد فلا شيء له والمالك مسلط على الفسخ حيث شاء ويمكن دفعه بأنه إنما عمل للحصة
خاصة على تقدير استمراره إلى أن يحصل وهو يقتضي عدم عزله قبل حصولها فإذا خالف ما تقتضيه عليه فيجب عليه أجرته كما إذا
فسخ العامل بعد الشروع في العمل وفيه نظر لأن رضاه ابتداء العقد قدم على مقتضياته ومنها جواز فسخه في كل وقت
أو لم يكن على هذا البحث شيء فيما لو فسخ المالك قبل النضاض والانضاض أيضاً وإن كان قد ظهر ربح والحال أنه بعد الانضاض
أخذ العامل حصته منه وإن فعل خاصة اتفاقاً وإن كان الفسخ قبل الانضاض ولم يظهر ربح أخذه المالك أيضاً وهل للعامل
أن يبيعه أولاً من دون رضا المالك لأن متاعها كونه ملك المالك فلا يجبر على بيعه والغرض عدم تعلق حق العامل به
لا رجح ولا من تعلق حق العامل به ولاحتمال وجود زبون يزيد في الثمن فيحصل الربح ومنعه الأجير ظاهر يمنع لو كان الزبون المذكور
موجوداً بالفعل توجه الجواز لأنه في قوة ظهور الربح ولو انعكس الحال بأن طلب المالك من العامل انضاض المال فالأوجه فيه موافقة العامل
عليه قولان من ظاهر قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدي وقد أخذه نقداً فيجب رده إليه ومجيء قوت الغرض في المال لفعله فيجب رده

من حدوث التغير باذن المالك واما الذي اتى من جهة العوض عليه بعد انفساخ العقد فلعله اقوى وان كان قد ظهر ربح لحال قبل
الانفساخ وقلنا بملكه بالظهور فان اتفقا على اخذ حقه منه بغير انضاض فلا بحث والا فان طلب المالك انضاضه وجب على العامل
اجابته لان استحقاق الربح وان كان ثابتا بظهوره الا ان استقراره مشروط بالانضاض فيحتمل ويحتمل ان يقتضي سقوطه وان طلب
العامل البيع خاصة ففي وجوب اجابة المالك له وجهان ماخذهما امكان وصول العامل الى حقه بقسمة العروض واسقاط ما بقي
العمل عنه تخفيف من المالك لانه حقه فلا يكلف الاجابة الى بيع ماله بعد فسخ المعاملة وان حال العامل لا يزيد على حال الشريك
ومعلوم انه لا يكلف شريكه اجابته الى البيع ومن وجوب تمكين العامل من الوصول الى غرضه الحاصل بالاذن وربما لم يحصل رغبة
في شراء بعض العروض او يحصل لكن منقصا او يرجو وجود زبون يشتري بازيد فيزيد الربح ولا دليل للعامل مرية على الشريك
من حيث ان حقه يظهر بالعمل والربح موضوع لو قلنا بتوقف ملكه على الانضاض او غيره فوجوب اجابته ابعد وموضع الاشكال
ما اذا طلب العامل المبيع في المال لو طلب تاخيره الى وقت ما فاخر كموسم متوقع فليس له ذلك قطعا للضرر ولو كان الفسخ من جهة
من العامل فالحكم كذلك الا ان استحقاقه الاجرة لو كان ناضا لا ربح فيه ابعد وكذا وجوب اجابة المالك له الى بيعه في الحالين لان
المانع من قبله وفي كراهة اطلاق الحكم بثبوت الاجرة له لو فسخ العقد احدهما وكان ناضا ولا ربح ولو كان بعضه ناضا فان كان
قدر راس المال اجبر على اختيار العامل على انضاض الباقي لرجوع المال الى المالك كما كان واولى منه لو كان ازيد ولو كان
اقل توجه جواز اجباره على انضاضه وقدره لو قلنا باجباره على الانضاض فيما سبق وفي اكثر هذه الفروع اشكال
مع نص على التعيين وتعارض الوجوه الدالة على الحكم وجلها ما قدرناه قوله وان كان سلفا كان على العامل جبايته قد عرفت
ان العامل ليس له البيع بالدين الا مع الاذن وكذا الشراء نسيئة كالسلف فمع عدم اذن المالك فيه يكون البيع مضمونا على العامل
ولا كلام فيه هنا وانما الكلام فيما اذا اذن فيه وقد اطلق المصنف وجماعة وجوب جبايته على العامل وكذا غيره من الديون الماذون فيه
لاقتضاء المضاربة رد راس المال على صفته والديون لا تجري مجرى المال فكان الدين ملك ناقص والذي اخذه كان ملكا تاما
فليؤده كما اخذ لظاهر على اليد ما اخذت حتى تؤدي ويحتمل عدم وجوب الجمع لكون المضاربة كما ذكر والحال ان الاذن باذن المالك
ولا صالة البراءة الذمة من وجوبه ويضعف بان اذن المالك فيه انما كان على طريق الاستيفاء لا مطلقا بدلالة القرائن ولانحصار
الخبر في ذلك ولو قلنا فيما سبق بجواز اجباره على بيع العروض هنا اولى قوله وكذا لو مات رب المال وهو عروض كان له البيع الا
ان يمنعه الوارث وفيه قول الحكم هنا مبني على ما سلف من الفسخ فان الموت من جملة اسبابه فوجوب اجابة كل واحد من العامل
لو طلب الاخر فيما سلف من التفصيل والقول الاخر هنا انه ليس للعامل البيع وان لم يمنعه الوارث لان المال حق لغيره من اذن فيه فلا
فلا يجوز التصرف فيه الا باذنه لبطلان العقد وهو متجه قوله اذا قارض العامل غيره فان كان باذنه وشرط الربح بين العامل الثاني
والمالك صح ولو شرط لنفسه لم يصح لانه لا عمل له فان اذن المالك للعامل في المضاربة قد يكون بمعنى جعل العامل هو الثاني والعامل
الاول اذا ان اذن في ذلك بمنزلة وكيل المالك وقد يكون بمعنى ادخال من شاء معه فيكونان معا عاملين وقد يكون بالاعم منهما ومراد
المصنف الاول ومن ثم لم يصح ان يجعل له شيئا من الربح لانه ليس بعامل وقد تقدم ان مقتضى عقد القراض كون الربح بين المالك
العامل ولا فرق في هذه الصورة بين جعل الحصة للعامل الثاني بقدر حصة الاول او دونها لان النقصان هنا وان كان
يسعى العامل الاول فليس بعامل من اعمال التجارة التي يستحق بها حصة ولو كانت الاذن بالمعنى الثاني او بالاعم وجعل الثاني شريكا
لزم العمل والحصة بينهما صح لانتفاء المانع في الاولى وهو عدم العمل قوله ولو كان بغير اذنه لم يصح القراض الثاني فان ربح

كان نصف

كان نصف الاخر للعامل الاول وعليه اجرة الثاني وقيل للمالك الى قوله والاول احسن اذا عامل العامل بغير اذن المالك فسلمه
المال فلا ربح اما ان يبقي المال في يد الثاني موجودا او يتلف وعلى التقديرين اما ان يظهر ربح او لا ثم اما ان يكون الثاني عالما بان الاول
غير مالك للمال اولا اما ذو ون له في ذلك او لا ثم اما ان يجيز المالك العقد الثاني ام لم يرده فان لم يجزه بطل ويجمع في ماله ان وجد
ولا ربح فيه وان وجد تالفا تخير في الرجوع على ايهما شاء لتعاقب ايديهما على ماله عدوانا فان رجع على الاول رجع الثاني مع علمه لا استقرار
التلف في يده لا مع جهله على الاقوى لغروره ودخوله على انه امانة وان رجع على الثاني لم يرجع على الاول مع علمه ويرجع مع جهله
على الاقوى وان وجد باقيا وقد ربح فنصف الربح للمالك بغير اشكال واما النصف الاخر ففيه اقوال احدها اختاره المصنف
انه للعامل الاول لوقوع العقد الصحيح بينهما لاشتراطه مقدم مع الثاني فاسد فيما يتبع شرطه وعلى هذا فللثاني اجرة مثل عمله
على الاول لانه غرّه وهذا انما يتم مع جهل الثاني لا مع علمه ويندفع ذلك ان الشراء ان كان بعين المال والحال انه غير ماذون من المالك
لم يقتض الى بنفسه على الاجازة فان اجازه فالجميع له لان العامل الاول لم يعمل شيئا والثاني غير ماذون وان كان في الذمة ونوى او
صرح بالمالك فكذلك والا وقع لمن نواه ولنفسه ان اطلق فلا يتم ما اطلق في هذا القول وثانيها ان النصف الاخر للمالك ايضا
لان العامل الاول لم يعمل شيئا والثاني معقده فاسد ولا يمكن تقييده بما ذكرناه وعلى هذا فاجرة الثاني على الاول مع جهله لا على
المالك لعدم امره وثالثها ان النصف بين العاملين بالسوية اتباعا للشرط ويرجع منه النصف الذي اخذه المالك فكانه تالف
اعتبار الربح في الباقي وعلى هذا فيرجع العامل الثاني على الاول بنصف اجرته لانه دخل على نصف الربح بتمامه ولم يسلم له الا نصفه
يحتمل هنا عدم الرجوع لان الشرط محمول على اشتراكهما فيما يحصل ولم يحصل الا النصف هذا كله مع جهل الثاني ليتم التوجيه وهذه
الاقوال ليست لاصحابنا ولا نقلها احد من نقل الخلاف وان كان ظاهر العبارة يقيل وقيل يشعر به وانما هي وجوه للشافعية مع
ذكرها المصنف في كتبه ونقل الشيخ في ط قريبا منها بطريقة اخرى غير منقحة ولم يجعله رابع ان جميع النصف للعامل الثاني على
بالشرط ولا شيء للاول لانه لا مال له ولا عمل والتحقيق في هذه المسئلة المرتبة على اصولنا ان المالك ان اجاز العقد فالربح بينهم
على الشرط وان لم يجزه بطل الشراء ان كان بالعين ووقف على اجازة المالك فان اجاز فالملك له خاصة ولا شيء لهما في الربح اما الاول
فلعدم العمل واما الثاني فلعدم الاذن له وعدم وقوع العقد معه وللثاني اجرة مثل عمله على الاول مع جهله لا مع علمه وان كان
الشراء في الذمة ونوى وصرح بالمالك فكذلك وان نوى لنفسه وقع الشراء له لانه وكيل وان لم ينو شيئا ونوى نفسه فالعقد له
ودخل المال عليه لتعديه بما اقتضى مقتضى المضاربة وحيث لا يقع العقد للعامل الثاني فلا اجرة على الاول مع جهله ان لم يتعد مقتضى
المضاربة عند قوله اذا قال دفعت اليه مالا قراضا فانكر فاقام المدعي عليه بينة فادعى العامل التلف قضى عليه بالضمان وكذا لو ادعى
عليه وديعة او غيرها من الامانات لان دعواه التلف مكذبة لانكاره الاول وموجبة للاقرار به وانكاره الاول قصد في المال
فيكون منافيا له ولم يقض عليه بالضمان معناه الحكم عليه بالبدل مثلا او قيمة لا ضمان نفس الاصل لانه لا يلزم تخليده الحبس و
العبارة موجودة من قول العلامة لم يقبل دعواه لاستلزام عدم القبول احتمال الى ان يدفع العين وقد يكون تالفا الا ان يكون مثل ما
تقدم من حيث ما ظهر فيها الياس من وجود العين ولا فرق في هذا الحكم بين مال المضاربة وغيره من الامانات كما ذكره
المصنف في الجميع قوله اما لو كان جوابه لا يستحق عندي شيئا او ما اشبهه لم يضمن اذ لا ينافي ذلك تكذيب البينة ولا الدعوى
الثانية فان المال اذا تلف بغير تفريط لا يستحق عليه بسببه شيئا ومن ثم يقبل قوله في التلف بغير تفريط مع يمينه قوله
او تلف مال القراض او بعضه بعد دوران في التجارة احتسب التالف من الربح وكذا لو تلف قبل ذلك في هذا تردد ظاهر العبارة

ان جميع مال القراض لو تلف بعد الدوران يجبر بالربح بعد الدوران يحكى ان تلف قبل بطلان العقد فلا يكون جبره الا ان يحمل على ما لو اذن له في
الشراء في الذمة واشترى ثم تلف المال ودفع عنه الثمن فان القراض مستمر ويكون جبره بالربح المتجدد ولو كان التالف بعض المال
امكن جبره على التقديرين ووجه التردد فيما لو كان تلفه قبل الدوران من ان وضع المضاربة على ان الربح وقاية لراس المال فلا يستحق
العامل ربحا الا بعد ان يبقى راس المال كما لو تلف بعد الدوران ومن انه لا يدخل في الحكم ولا قبض الا ان التلف قبل الشروع
في التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض والاقوى عدم الفرق لان المقتضي لكونه مال قراض هو العقد لا دورانه في التجارة شيء يتوقف
بقاء العقد وثبوت الربح جبرا لما تلف مطلقا والمراد بدوران المال في التجارة التصرف فيه بالبيع والشراء لا مجرد السفر به قبل ذلك و
الخلاف في الجبر مع تلفه بعد الدوران يشمل ما لو تلف بافة سماوية او بعضه غاصب او سارق وغيره للخلاف وجه الاطلاق ان الربح
وقاية لراس المال فما لم يبق المال لا يكون موجودا الكمال فلا ربح وربما قيل باختصاص الحكم بما لا يتعلق فيه الضمان بذمة المتلف لانه
مثله الموجود والحاجة الى الجبر ولانه نقصان لا يتعلق بتصرف العامل وتجارته بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق ونحوه والمشهور
عدم الفرق وكذا يجري ان الكلام مع عدم حصول العوض من المتلف والا كان العوض من جملة المال وقد ظهر بذلك ان الخلاف واقع
بعد الدوران وقبله الا انه ليس كذلك على بعض الوجوه قوله اذا قارض اثنان واحدا وشرطا له النصف منهما وتفاضلا في النصف
الاخر مع التساوي في المال كان فاسدا لفساد الشرط وفيه تردد وجه الفساد ان الربح يجب ان يكون تابعا للمال فاذا شرط له
كان النصف الاخر بينهما بالسوية فشرط التفاوت فيه يكون شرطا لاستحقاق ربح بغير عمل ولا مال ووجه التردد ما ذكره من ان
ذلك الى ان اخذ الفاضل يكون من حصة العامل لا من حصة الشريك لان الاصل ما اقتضى التساوي في الربح للشريكين مع التساوي
في المال كان شرط التفاوت المذكور منصرفا الى حصة العامل بمعنى ان شارطه الزيادة يكون قد جعل للعامل اقل مما جعل له
الاخر النقيصة وهو جائز هنا مع اطلاق ما شرط النصف له من غير تعيين لما يستحقه على كل واحد فانه كما يحتمل العقد حلاليما
ذكرناه يحتمل البطلان فيرجح جانب الصحة لامكان الحمل عليه ولعموم اوفوا بالعقود وهذا هو الاقوى اما لو صرحا باستحقاقه من
نصيب كل منهما بخصوصه نصفه فانه يجيء في صحة العقد والشرط ما سبق في الشركة من اشتراط التفاوت في الربح مع تساوي
المالين وبالعكس وحيث حكمنا بالصحة يبطل طالب الزيادة بطل هنا لاعمل لهما قوله اذا اشترى عبدا للقراض فتلف الثمن
قيل يلزم صاحب المال الثمن دائما ويكون الجميع راس ماله وقيل ان كان باذن له في الشراء في الذمة فكذلك وان كان بالاطلاق لم يلزم
الثمن احدهما القول الاول للشيخ في المبسوط والثاني لابن ادريس وان كان يغايره في شيء يسير والاقوى هنا ما سلف سابقا
من التفصيل وهو انه ان كان العامل اشترى في الذمة والمالك اذن له في الشراء في الذمة لزم دفع الثمن ثانيا وثالثا ان تلف ثانيا والا
فان صرح بكون الشراء له وقف على اجازته فان اجاز لزم الثمن والا بطل البيع وان لم يذكره لفظا وقع الشراء للعامل والثمن
عليه ويبقى فيما لو نواه مامر وان كان اشتراه بعين المال فهلك قبل دفعه بطل العقد حيث يلزم المالك الثمن ثانيا يكون الجميع
راس ماله لجبره بالربح قوله اذا نض قدر الربح فطلب احدهما القسمة فان اتفقا صح وان امتنع المالك لم يجبر فان اقتسما
الربح ورد واحدهما المال ثم خسر كان على العامل رد اقل الامرين لان ملك العامل للربح قبل القسمة غير مستقر لجواز تجدد تلف او خسران وهو وقاية
للمال فيه ثم لا يجبر المالك على قسمته ولو اتفقا على القسمة لم يملكها العامل ملكا مستقرا ايضا بل مراعى بعدم الحاجة اليه لجبر
الخسران وما في معناه فان نقص الخسران بعد القسمة رد العامل اقل الامرين مما وصل اليه من الربح وما يصيبه من الخسران
لان الاقل ان كان هو الخسران فلا يلزمه سوى المال والفاضل له وان كان هو الربح فلا يلزمه الجبر لا به وكذا يجب المالك بجبر

الحق

وجميع اقل الامرين اليه من راس المال فيكون راس المال ما اخذه هو والعامل وما بقي راجع اليهما هذا هو الظاهر من عبارة المصنف وغيره
المناسب لوجه الحكم والمشهور وعلى هذا ونظائره من عبارات العلامة توجيه اخر وهو ان يكون المردود اقل الامرين مما
اخذه العامل من راس الربح فلو كان راس المال مائة والربح عشرين فاقتسما العشرين فالعشرون التي هي الربح مثلا
في الجميع نسبتها الى راس المال نسبة السدس فالعشرون المأخوذ سدس الجميع فيكون خمسة اسداسها من راس المال
من الربح فاذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح وهو نصف سدس العشرين وذلك درهم وثلثان بقي مقرر تابع
وثلث من راس المال فاذا خسر المال الباقي رد اقل الامرين مما خسر ومن ثمانية وثلث هذا خلاصة تقريره والحامل له عليه
حكمهم بان المالك اذا اخذ من المال شيئا وقد ظهر ربح وجب ما اخذه منهما على هذه النسبة وسيأتي في الكتاب اشارة اليه
وهذا الوجه ضعيف والحمل على ما ذكره فاسد لان المأخوذ وان كان مشاعا الا ان المالك والعامل انما اراده بالربح وحيث كان
المال بحصر اليهما فالتمييز منوط بهما ولو كان يحصل في ذلك من راس المال شيء لم يصح للعامل التصرف فيه لان المالك لم ياذن
الا في التصرف في الربح ولم يقع القسمة والاتفاق الا عليه وايضا فلا وجه لاستقرار ملك العامل على ما بيده من الربح مع
اتفاقهم على كونه وقاية وان اقتسماه وايضا فتوقف رد العامل راس المال على ظهور الخسران لا وجه له لانه لا يملك شيئا من راس
المال وانما حقه في الربح واما حمله على اخذ المالك فليس بجيد لان المالك لا ياخذ على وجه القسمة وانما ياخذ ما يعدم ملكه
فلا كان فيه ربح وهو شائع دخل فيه جزء من الربح على نسبة المأخوذ فيجب راس المال بعد ذلك على حساب ما بقي بعد توزيع
المأخوذ على الاصل والربح وان هذا من اخذ العامل الذي لا يستحق الا الربح ولا يقاسم المالك الا عليه خاصة قوله لا يصح
ان يشتري رب المال من العامل شيئا من مال القراض ولا ان ياخذ منه بالشفعة لان مال العامل ماله ولا يعقل ان يشتري الانسان
ماله وهذا يتم مع عدم ظهور الربح اما معه وقلنا بملكه به اتجه جواز شرائه حق العامل وان كان متزلزلا لاحتمال ظهور الحاجة اليه
احتمل صحة البيع ولكن يلتزم العامل رد قيمة ما اخذ كما لو كان قد باعهما بغير المالك او اتلفهما ويحتمل بطلان البيع لان المالك غير تام
بل مراعى بعدم الحاجة الى الجبر به وقد ظهر ومثله القول في الاخذ بالشفعة لانه مع عدم ظهور الربح لا يعقل اخذ ماله بالشفعة
ومعه يصير شريكا فيمكن اخذه على الوجه المذكور وليس في كلامهم تنقيح المحل قوله وكذا لا يشتري من عبده القن وقد تقدم الكلام فيه كما
تقدم وان ما بيده للسيد ولا فرق بين الماذون له في التجارة وغيره نعم حكى الشيخ ره قولا بان الماذون اذا ركبته الديون جاز
للسيد الشراء منه وهو قول لبعض الشافعية لانه لاحق للسيد فيه وانما هو حق الغرماء وفساده ظاهر لان استحقاق الغرماء ما في يده
لا يقتضي خروجه عن ملك السيد كتعلق حق الغرماء بمال المفلس بل السيد فيه فان حق الغرماء لما اخذ ذلك بقيمته لانه اخو مالم
مع بذل العوض الا ان ذلك لا يعد بيعا كما ياخذ العبد الجاني خطا او يبذل قيمته وذكر هذه المسئلة في هذا الباب استطرادي وكذا ما
بعدها قوله وله الشراء من المكاتب لان ما في يده ملك له وسلطنة المولى قد انقطعت عنه فساوى غيره من الملاك ولهذا لو
الفسخ لم يكن للمولى ما في يده شيء ولا فرق في ذلك بين المطلق والمشروط وان كان الحكم في المشروط المنعقد من حيث امكان رده
في الرق فيرجع ما في يده الى ملك السيد وليس كذلك المطلق لان ما في يده يجب صرفه في مال الكتابة لو احتيج اليه قوله اذا دفع مالا قراضا
وشرط ان ياخذ له بضاعة قيل لا يصح لان العامل في القراض لا يعمل ما لا يستحق عليه اجرا وقيل يصح القراض لا يلزمه كان حسنا في القول
الاول للشيخ في ط واحتج على الاول بما اشار اليه المصنف من ان وضع القراض على ان يكون للعامل في مقابلة عمله جزء من الربح وهذا العمل
في مقابلته شيء فيفسد الشرط ويتبعه العقد لان قسط العامل يكون مجهولا لاقتضاء الشرط قسطا من الربح وقد بطل فيبطل ما يقابله

فيجهل الحصة ومختار الشافعي ان البضاعة كالمضاربة لا يلزم القيام بها فلا يفسد باشتراطها ويكون كالضميمة لها فانها العقد وعن العقد
الاخرى ما اختاره المص من الحكم بصحتها للعموم الامر بالوفاء بالعقود وقوله المؤمنون عند شروطهم ويمنع من منافاة
هذا الشرط لمقتضى العقد فان مقتضاه ان يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح وما فيه فلا فان انا ولو قيل
بجواز لزوم القول بجوازه لكن بقي في المسألة بحث وهو ان البضاعة لا يجب القيام بها لان مبناها على الاذن والقراض من
العقود الجائزة لا يلزم الوفاء به ومن ثم يتفق ان لا يجري تسلط المالك على فسخ العقد وان كان شرط ذلك له بعد دون
اذ لا يمكن هنا سوى ذلك فان فسخ قبل ظهور الربح فللعامل عليه الاجرة كاملة وان فسخ بعد ظهوره ففي كون جميع الربح للمالك
نظر من انه لم يبق للعامل الا بالشرط وقد فات ومن ملك العامل له قبل الفسخ والاصل بقاؤه والمالك قد يقدم
على ذلك حيث اقتصر على شرط ذلك في عقد لا يلزم الوفاء فيه بالشرط وربما قيل هنا بان للمالك الربح كله وعليه الاجرة
لما ذكر وما ذكر لا يخلو من اشكال **قوله** اذا كان مال القراض مائة فخسر عشرة واخذ المالك عشرة ثم عمل بها الساعي فربح كان
راس المال تسعة وثمانين الا تسعا لان الربح انما يجبر خسران راس المال الذي ربح لا مطلق الخسران فاذا اخذ المالك
بعد الخسران شيئا كان من جملة راس المال فلا بد ان يختص من الخسران شيئا كان من جملة راس المال فلا بد ان يختص من الخسران
شيء ينقص من اصل الخسران ويجبر الربح الباقي فاذا فرض ان المال كان مائة فخسر عشرة واخذ المالك بعد الخسران عشرة ثم ربح
المال الباقي فهذا الربح لا يجبر مجموع ذلك الخسران الذي اخذه المالك من جملة المال الخاسر وقد بطل القراض فيه باخذه فلا
من اسقاط ما يخصه من الخسران ثم يجبر الباقي منه بالربح الجديد وبالجملة فانما يجبر الربح خسران المال الذي ربح وطريق معرفة ما يخص
المأخوذ من الخسران ان يبسط الخسران وهو عشرة على المال وهو تسعون فيصيب كل واحد تسع فيصيب العشرة المأخوذة دينار وتسع
فيوضع ذلك اعني الدينار والتسع الذي هو حصة العشرة من الخسران فما بقي من اصل راس المال بعد العشرة وهو تسعون لانه لما اخذ
العشرة فكانه استرد نصيبها من الخسران والضابط ان يجبر المأخوذ الى الباقي وبأخذه المأخوذ من الخسران بمثل تلك النسبة **قوله**
لا يجوز للمضارب ان يشتري جارية يطأها وان اذن له المالك وقيل يجوز مع الاذن لانه لو احلها له بعد شرائها جاز لا اشكال في تحريم
وطئه بدون الاذن لانها مال الغير فلو فعل كان زانيا يحد مع عدم الشبهة كاملا ان لم يكن قد ظهر ربح والا فيقدر نصيبه الا لو اذن
له في شراء جارية ووطئها فالحق انه كذلك لان الاذن قبل الشراء لا اثر له لان التحليل اما تمليك او عقد وكلاهما لا يصلحان قبل
الشراء فلا يندرج في الحصر في قوله الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم والقول بالجواز للشيخ في النهاية استنادا الى رواية ضعيفة السند
مضطربة المفهوم قاصرة الدلالة واما اذا اذن له بعد الشراء على وجه جائز في جوازه ما لم يكن فيها ربح والابني على تحليل
احد الشريكين لصاحبه والاقوى المنع **قوله** اذا مات وفي يده اموال مضاربة فان علم مال احدهم بعينه كان احق به وان جهل
كانوا فيه سواء فانه يرجع الى المال المجتمع من اموال المضاربة ومعنى استوائهم في ذلك المال انه يقسم بينهم على نسبة
اموالهم لا انه يقسم بالسوية كما هو قضية اقتسام غيرهم من الشركاء هذا اذا كانت اموالهم مجتمعة في يده على حدة واما اذا كان
ممتزجا مع جملة ماله مع العلم بكونه موجودا فالغرماء بالنسبة الى جميع التركة كالشريك وسعت التركة اموالهم
اخذوها وان قصرت تحاصوا **قوله** وان جهل كونه مضاربة قضي به ميراثا المراد ان العامل كان بيده مضاربة في
الجملة ولكن لم يعلم بقاؤها وكانه لا علم بها وبواسطة ذلك جهل كون المال الذي بيده مضاربة اذ كما يمكن ان يكون من مال
المضاربة يمكن كونه ماله فيحكم بكونه ميراثا عملا بظاهر اليد ولكن مع ذلك الاصل يحكم ببقاء المضاربة اصالة بقائه والعلم

تلفه بتفريط دليل لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي اذ لا اصالة براءة الذمة وكونه امانة عنده ضمن تلفه والاصالة بقاؤه لا ينفي
ثبوته في ذمته مع كونه امانة وجهان ويتخرج على الاول انما اصالة بقائه يقتضي كون ماله كالشريك في مال العامل حيث اشتبه
ماله فيه فيقدم على غيره من الغرماء مع احتمال كونه اسوتهم لان العامل يصير ضامنا بترك تعيينه والوصية به فاذا لم توجد العين
كان بمنزلة التلف والاقوى ما اختاره المص من عدم ثبوت شيء للمالك حيث لا يعلم بقاؤه يقينا في يد العامل ميتا لاصالة
البراءة واستحقاق المستحق من التركة موقوف على وجود سببه ووجود المضاربة لا يصح السببية لان ثبوته في الذمة موقوف
على ثبوت التقصير وفي عين التركة موقوف على العلم بكونه من جملتها والاصل عدمها نعم لو علم وجوده بها اما باعتراف العامل
في وقت لا يمكن تجدد تلفه فيه عادة او ببينة وتعدد من صاحبه كالشريك او علم تلفه بتقصير او بقاؤه الى بعد الموت مع
العامل في ترك الوصية به فصاحبه اسوة الغرماء وقد مضى مثل هذا البحث في الرهن **قوله كتاب المزارعة والمساقاة** اما المزارعة
فهي معاملة على الارض بحصة من حاصلها وهي المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وهو يقتضي وقوعه منهما معا كما يقتضيه باب المفاعلة
لكنها في الشرع صارت معاملة على الارض بحصة من حاصلها ويكون اثبات المفاعلة فيها ايضا كما تقدم في المضاربة لان احد
المتعاملين زارع والاخر امر به وكانه المتعامل نظرا الى السببية والمعاملة في التعريف بمنزلة الجنس تشمل اجارة الارض و
المساقاة ولكن الاجارة خرجت بالقيد الاخير لانها لا تقع بحصة من النماء بل باجرة معلومة والمساقاة بقيد الارض لانها
معاملة على الاصول بحصة منها وان كانت الارض من توابعها وقد يعبر عن المزارعة بالمخابرة اما من الخبير وهو الاكار او من
الخبارة وهي الارض الرخوة او ماخوذة من معاملة النبي صلى الله عليه وآله اهل خيبر والمزارعة عقد شرعي عندنا اجماعا وعند اكثر
علماء الاسلام ومنع منها الشافعي وابو حنيفة وبعض العامة الا في مواضع مخصوصة **قوله** وعبارتها ان يقول زارعتك
او ازرع هذه الارض او سلمتها اليك وما جرى مجراه مدة معلومة بحصة معينة من حاصلها في المزارعة من العقود اللازمة
فلا بد فيها من الايجاب والقبول الدالين على الرضا بتسليم الارض وتسلمها للزراعة بالحصة المخصوصة وكونهما بالعربية ولا
بد في الاخير ان يقول زارعتك وسلمت اليك وقبلت ونحوها من صيغ الماضي الدالة على الانشاء صريحا واما لو
ازرع هذه الارض بصيغة الامر فان مثل ذلك لا يكفي في نظائره من العقود ولكن المص وجماعة اجازوه هنا استنادا
الى رواية ابي الربيع الشامي والنضر بن سويد عن ابي عبد الله عليه السلام وهما قاصرتان عن الدلالة على ذلك فالاقتصار على
الماضي اقوى كما في غيره وفي عبارة المص تجوز لانه قال وعبارتها كذا ولم يذكر القبول مع انه احد ركني العبارة عنها فلا
من ذكره ولعله اشار بما ذكر الى الاكتفاء بالقبول الفعلي كما اختاره العلامة في عقد فيخص العبارة في الايجاب والاقوى اعتبار
القبول اللفظي كغيره من العقود اللازمة واعلم انه قد استفيد من حقيقة المزارعة ومن صيغتها ان المعقود عليه هو الارض
المملوكة المنتفع بها كما سيقرر من شرائطها ويبقى من لوازمها البذر والعمل والعوامل وهي بحسب ما يتفقان عليه في مقابلة الارض
او بعضها فان كان البذر من صاحب الارض وبعضها على العامل وصورها المتشعبة منها كلها جائزة ولا تنوع المزارعة
المتعاملين اذا لم يكن الارض ملكا لاحدهما كالارض الخراجية وان بقي من لوازمها ما يكون اشتراكهما فيه لم تتوقف متعلقها
والمعقود عليه هو الارض ولو اتفق اثنان على المعاملة في مثل ذلك في الارض الخراجية طريق الحصة لا اشتراك في البذر
بحيث يتوزع على الوجه المعتبر في باب الشركة ويجعلان باقي الاعمال بينهما على نسبة المال وان اتفقا على زيادة عمل من احدهما
نوى به التبرع فلا رجوع له بالزائد ولو اراد جعل الحاصل بينهما مع التساوي في البذر او بالعكس بني على ما تقرر في الشركة من جواز

ذلك وقد عرفت ان المختار جواز الزيادة في القدر للعامل او من له زيادة في العمل فليلحظ ذلك ايضا من الحيل الشرعية على تسويغ
هذه المعاملة لا بناء استنادا ولذا في كثير من البلاد التي ارضها غير مملوكة فيحتاج فيها الى مجرى حيث يمكن ومنه ما يورد فيها من
بجعل البذر بينهما على ما يتفقان عليه والنفقة ترجع على حصة الملك فان زاد احدهما واتفقا على التبرع به جاز وكذا رجوع ونحو تقديم
ومنها ان يكون البذر بينهما كذلك ويصالح صاحب العوامل الزارع على منفعة عوامله المقابلة لحصة الزارع بعمل الزارع المقابل
لحصة الاخر مدة معلومة ومنها ان يكتري كل منهما الحصة من ذلك العمل في مدة معلوم يتفقان عليه بان يستأجر صاحب العوامل الزارع
على نصيبه مدة معلومة بالف مثلا ويستأجر الزارع نصف العوامل والالات مثلا بقدر ذلك او غيره مدة مضبوطة ولو كان البذر
من احدهما خاصة فان كان من صاحب العوامل استأجر منه نصف عمله بنصف عمل العوامل ونصف البذر مثلا او صالحه كذلك وان كان البذر
من العامل استأجر نصف العوامل مثلا بنصف عمله ونصف البذر بشرط الضبط الرافع للجهالة في جميع ذلك والصلح يجري في الجميع كذلك
قوله وهو عقد لازم لا ينفسخ الا بالتقايل لا ريب في لزوم هذا العقد من اتفق عليه ولان الاصل لزوم العقد الا ما اخرجه الدليل للامر بالوفاء
به وقوله المؤمنون عند شروطهم وللاذن للحصين المستفاد من قوله لا يبطل الا بالتقايل البطلان المستند الى الخيار المختص به
لان ذلك هو المفهوم عند اطلاق العقد اللازم والجائز ومقتضية التقايل فانه امر حقيقي فيعتبر عليه عطف عدم بطلانه بالموت
فيجعله جملة مستقلة وانما احتجنا الى هذا التكلف لان هذا العقد قد يبطل بغير التقايل كانقطاع الماء وفساد منفعة الارض
ونحو ذلك **قوله** ولا يبطل بموت احد المتعاقدين هذا ما يتفرع على لزوم العقد وكذا لوازم والاستحقاق ثم ان كان الميت العامل
قام وارثه مقامه في العمل والا استأجر الحاكم عليه من ماله او على ما يخرج من حصته وان كان الميت المالك بقيت المعاملة على حالها
على العامل القيام بتمام العمل وربما استثني من الاول ما اذا شرط عليه المالك العمل بنفسه فانها تبطل بموته ويشكل لو كان موته بعد
خروج الثمرة لانه قد ملك الحصة وان وجب عليه بقية العمل فخروجها عن ملكه بعد ذلك بعيد نعم لو كان قبله اتجه **قوله** ان يكون
النماء مشاعا بينهما تساويا فيه او تفاضلا فلو شرط احدهما الجميع اي يكون مجموع النماء بينهما مشاعا فيخرج من ذلك ما لو شرط احدهما
شيئا معينا والباقي للاخر او لهما وما لو شرط لاحدهما خاصة وعبرة المنع الوجه في بطلان الجميع منافاته لوضع المزارعة **قوله** ولو
كان شرط احدهما الهرف والاخر الافل اي يزرع على الجداول والاخر على غيرها في الهرف ساكن الوسط المتقدم من الزرع والثمرة
يقال اهرفت النخلة اي عجلت اتاتها قاله الجوهري والافل بالتسكين ايضا خلاف الهرف وهو المتاخر عنه والجداول جمع جدول
وهو هنا النهر الصغير وعند يطلق على قطعة من الارض يجمع حولها التراب ونحوها مشترك في عدم جواز اشتراطها لان اللازم
اشاعة الجميع كامر **قوله** ولو شرط احدهما قدرا من الحاصل وما زاد عليه بينهما لم يصح لجواز ان لا يحصل الزيادة فلا فرق في
ذلك بين كون القدر المشروط اصل البذر وغيره ولا بين كون الغالب على تلك الارض ان يخرج منها ما يزيد على المشروط عادة
وعدمه لاشتراك الجميع في منافاة وضع المزارعة وكون العقد على خلاف الاصل حيث ان العوض فيه مجهول فيقتصر فيه على موضع
النقل وخالف في بعض ذلك الشيخ في بعض كتبه وجماعة فجوزوا استثناء البذر من جملة الحاصل وفي الخلاف جوز استثناء شيء منه مطلقا
والمشهور الاول **قوله** اما لو شرط احدهما شيئا يضمنه من غير الحاصل مضافا الى الحصة قيل يصح وقيل يبطل والاول اشبه
المشهور وبيان الاصح جواز هذا الشرط لعموم الامر السابق وجده عن النماء الذي شأنه منهما من مقتضى العقد
بالمنع لا نعلم القائل به وعلى القول بالجواز يكون قراره مشروطا بالسلامة كاستثناء ارطال معلومة من الثمرة في البيع ولو تلف
البعض سقط منه بحسابه لانه كالشريك وان كانت حصة معينة مع احتمال ان لا يسقط منه شيء بتلف البعض تحقيقا ونصيب

ملائما لاطلاق الشرط **قوله** ويكره اجارة الارض لمن زرعها بالحنطة او الشعير بما يخرج منها والمنع اشبه مستند المنع رواية الفضل بن
يسار عن الباقر عليه السلام انه سأل الرجل عن اجارة الارض بالطعام قال ان كان من طعامها فلا خير فيه ويمكن الاستدلال به على الكراهة
لان نفي الخير اشعر به وعلل مع ذلك بانه ربما لا يخرج ذلك القدر ومنها غير معلوم فربما لا يخرج شيئا او لا يخرج بغير ذلك
الوصف ومن ثم لم يجز السلم في حنطة من قراح معين لذلك ويشكل فيما لو كانت الارض واسعة لا تخيس بذلك القدر
عادة فلا يتم اطلاق المنع واما مع الاطلاق او شرطه من غيرها فالمشهور جوازه على كراهة للاصل ومنع منه بعض الاصحاب
بشرط ان يكون من جنس ما يزرع فيها لصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال لا يستأجر الارض بالحنطة ثم يزرعها حنطة
والنهي للتحريم فيجب حمله على اشتراطه مما يخرج منها الدلالة رواية الفضيل عليه او حمل النهي على الكراهة وفيه نظر لان
النهي مطلق ولا منافاة بينه وبين تحريم شرطه من طعامها حتى يجمع بينهما بحمله عليه والتحقيق ان المطلق والمقيد متى
كانا منفيين لا يلزم الجمع بينهما بل يحمل المطلق على اطلاقه بخلاف المثبتين وبملاحظة ذلك يتخرج فساد كثير مما ورد
في شرح هذا الباب وقد مضى مثله في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه مع ورود نص اخر بتحريم بيع المكيل والموزون
كذلك حيث جمع الاكثر بينهما بحمل المطلق على المقيد ولبس بجيد والتحقيق في المسألة الاصل مع انه يمكن هنا حمل الخبر الاول على
الاطلاق والثاني بان يريد بكونه من طعامها اي من جنسه ويتجه ظهور الكراهة منه ولو كان من نفسه لكان اللازم
التصريح بالمنع فان عدم الخير لا يبلغ حد المنع فان المباح والمكروه لا يوصف بالخير ولا بضده وبينهما بين الشر
واسطة واما النهي فالاصل فيه التحريم فحمله على الكراهة بغير دليل اخر غير حسن وقول ابن البراج بالمنع مطلقا لا يخلو من قوة
نظرا الى الرواية الصحيحة الا ان المشهور خلافه **قوله** وان يؤجرها باكثر مما استأجرها به الا ان يحدث فيها حدثا
او اختلف الاصحاب في جواز اجارة الارض وغيرها من الاعيان المستأجرة باكثر مما استأجرها به اذا لم يحدث فيها حدثا
فمنع منه جماعة من الاصحاب استنادا الى اخبار دلت بظاهرها على المنع وذهب اخرون ومنهم المص الى الكراهة لدلالة الاخبار
الاخر على الجواز وطريق الجمع بينهما وبين ما دل على المنع حمل النهي على الكراهة وهو حسن وخص الشيخ المنع مع الاتحاد
لانه ربا وضعفه ظاهر لاشتراط الكيل والوزن في الربوي **قوله** واذا شرط مدة معينة بالايام او الاشهر صح في مقتضى الاطلاق و
العبارة عدم الفرق مع ضبط المدة بين كونها وافية بادراك الزرع فيها وقاصرة ومحتملة وهو احد الوجهين في المسألة
والاقوى اعتبار مدة يدرك فيها الزرع علما او ظنا فلو اقتصر على تعيين مدة دون ذلك بطل العقد لان العوض في المزارعة
هو الحصة من النماء فاذا لم يتحقق في المدة عادة بقي العقد بلا عوض ولانه خلاف وضع المزارعة والاعتداد بامكان التراضي بعد
ذلك على ابقائه لا ينفع لان التراضي غير لازم فلا يعلق عليه شرط اللازم **قوله** ولو اقتصر على تعيين المزروع من غير ذكر
المدة فوجهان الى قوله وهو اشبه فالاقوى اشتراط تعيين المدة على الوجه السابق لان مقتضى العقد اللازم ضبط العمل والفرق
بينها وبين القراض واضح فانه عقد جائز لا فائدة في ضبط العمل فيه ولو شرط الجواز الرجوع فيه بخلاف المزارعة فكانت
بالاجارة اشبه **قوله** ولو مضت المدة والزرع باق كان للمالك ازالته على الاشبه وجه جواز الازالة انقضاء المدة التي
يستحق عليه فيها التبقية والاصل تسلط المالك على ملكه كيف شاء ولان الزرع بعد المدة لا حق له فيكون ابقاؤه بدون
رضا المالك ظلما وقيل ليس له الازالة لانه قد حصل في الارض بحق فلم يكن للمالك قلعه ولان للزرع امدا معينا غير دائم
النبات فاذا اتفق الملك لا يسقط حق الزارع كما لو استأجرها للزرع فانقضت قبل ادراكه وحاصل الاحتمال ايضا قائم

وقيل له الا ان الاذن جعلا بين الحقين ويشكل فيما لو كان التاخير بتقصير الزارع وما اختاره المص اقوى اذ الحق للزارع
بانقضاء المدة فلا ارش له ولا استحقاق نعم لو اتفقا على ابقائه بعوض او غيره صح لان الحق لا يعدوهما لكن لا يجبر احدهما عليه
خلافا لظ القواعد حيث جعل التخيير في قلعه بالارش وابقائه بالاجرة الى المالك فيشكل بان ايجاب عوض في زرع الزارع
لا يعقل بدون رضاه وتم على تقدير القلع بارش وغيره فالمقلوع ملك الزارع لان الزرع تبع للحصة وان لم ينعقد الحب
لان فيه ولا اجرة للمالك على ما مضى من المدة لو لم ينتفع بالمقلوع لان مقتضى المزارعة مقر الحق في الحصة مع احتمال
وجوبها على الزارع لو كان التاخير بتفريطه لتضييعه منفعة الارض على المالك باختياره ويتوجه على هذا الاحتمال وجوب
اكثر الامرين من الحصة واجرة المثل لو فرض المقلوع منفعة ناقصة عن المعتاد لاستناد النقصان الى تفريطه ايضا ولا فرق
في كون المقلوع بينهما بين كون البذر من مالك الارض او الزارع فيتوجه للزارع الارش لاستحقاقه في الحصة كما لو كان
البذر منه لا على القول السابق ثم على القول بثبوت الارش مع قلعه نظر في تحصيله لان تقويم الزرع قائما بالاجرة الى اوان
حصاده ومقلوعا ويحتمل ان يضاف الى الاول كونه مستحق القلع بالارش لان ذلك من جملة اوصافه اللازمة له على هذا القول
الا انه لا يخلو من دور وكلام التحرير يؤذن بالتعيين **قوله** وان اتفقا على التبقية جاز بعوض وغيره لكن ان شرط عوضا
افتقر الى تعيين المدة الزائدة فيتم قلنا لو اراد القلع لم يجب على المالك الابقاء الا برضاه باجرة او غيرها ولو اذن
بوجوب الابقاء حتى وجوب الاجرة فيه ان والقولان للعلامة في ان احدهما في التحرير وثانيهما في عدة وعلى تقدير اتفاقهما على
الابقاء باجرة يكون اجارة للارض حقيقة لانقضاء مدة المزارعة فلا بد من ضبط المدة كالاجارة وان جاز الاطلاق في
المزارعة ولو لم يضبطاها او اتفقا على ابقائه باجرة واطلقا وجبت اجرة المثل **قوله** ولو شرط في العقد تاخيره ان بقي بعد
المدة المشترطة بطل العقد على القول باشتراط تقدير المدة ووجه البطلان على القول المذكور ان المدة يصير في الحقيقة هي
المجموع من المذكور وما يحتاج الى ان يدرك الزرع وهي مجهولة فيبطل العقد لا لاجل الشرط وعلى تقدير عدم الحاجة
فالمدة المشروطة مجهولة وشرطها في متن العقد من جملة العوض فاذا تضمن جهالة بطل العقد كما لو كان جميع المدة مجهولا
ويحتمل على هذا القول صحة الشرط المذكور لان المدة مضبوطة وما تضمنه الشرط بمنزلة التابع وذكر احتياطا للاحتمال الحاجة
وجهالة التابع غير مضرة كما تقدم غير مرة والاول اقوى **قوله** ولو ترك الزارع الزراعة حتى انقضت المدة لزمه اجرة المثل ولو كان
استاجرها لزمه الاجرة لان منفعتها صارت مستحقة له بحيث لا يتمكن المالك من استيفائها وقد فوتها عليه فيلزمه الاجرة كما لو
استاجرها مدة معينة ولم ينتفع بها فيها مع تمكين المالك له منها وتسليمها اياه ولم يحق عليه شي لان المنع من قبله وحينئذ
فضمان الاجرة لرشها الوفقسة بترك الزرع كما يتفق في بعض الارضين لاستناد النقص الى تفريطه وهل يفرق فيها بين
ما اذا ترك العامل الانتفاع اختيارا وغيره ظاهرهم عدمه ولا يبعد الفرق لعدم التقصير في الثاني خصوصا في الارش لان
مقتضى العقد ان حصة حاصة ولم يحصل منه تقصير يجب الانتقال الى ما لا يقتضيه العقد نعم يتوجه الحكم في الاجارة مطلقا لان
حق المالك هو الاجرة عوضا عن منفعة العين تلك المدة فاذا فاتت المنفعة فاتما ذهبت على مالكها وهو المستاجر اما الموجر فلا حق
له فيها اللاحقة في الاجرة ولم تفت **قوله** ان تكون الارض مما يمكن الانتفاع بها بان يكون لها ماء اما من نهر او بئر او عين او مصنع
الضابط امكان الانتفاع بها في الزرع عادة بالماء الذي ذكره وما اشبهه كالمطر والزيادة كالنيل وحصر في المذكورات ليس
بذلك الحسن الحاصل ان من شرط صحة المزارعة على الارض ان يكون لها ماء معتاد يكفيها لسقي الزرع غالبا فلو لم يكن لها ذلك بطلت

المزارعة

المزارعة وان رضي العامل وتردد في كره فيما لو كان لها ماء نادر او هل يصح المزارعة عليها ام لا من عدم التمكن من ايقاعها وقع عليه العقد غالبا
ومن امكان الوقوع ولو نادرا وبملاحظة هذه القاعدة يشكل الحكم في بعض ما ياتي كما ستقف عليه **قوله** فلو انقطع في اثناء المدة
فللزارع الخيار لعدم الانتفاع في هذا اذا زارع عليها او استاجرها للزراعة وعليه اجرة ما سلف ويرجع بما قابل المدة المتخلفة
قد عرفت ان امكان الزرع شرط صحة المزارعة فاذا صحت الشروط في الابتداء ثم تجدد انقطاع الماء فمقتضى القاعدة بطلان العقد
لفوات الشرط الباقي المدة ولكن المص والعلامة اطلقا القول بعدم البطلان بل حكما بتسلطه على الفسخ وكانهما نظرا الى صحة العقد
ابتداء فيستصحب والضرر اللاحق للزارع بانقطاع الماء يجبر بتسليطه على الفسخ وفيه نظر وهذا حكم المزارعة اما الاجارة فان كان
قد استاجرها للزراعة فكذلك لاشتراكهما في المعنى والاستاجرها مطلقا لم يتخير مع امكان الانتفاع بها بغيره ويتوجه وعليه اجرة
ما سلف من احكام الاجارة على تقدير فسخه فان الفسخ الطاري عليها يوجب تبعيض الاجرة ما سلف من المدة والرجوع بما قابل المتخلف
اما المزارعة فلا شي على العامل اذا لم يشترط عليه سوى الحصة وقد فاتت **قوله** واذا اطلق المزارعة زرع ما شاء وان عين زرعا
لم يعد الى المزارع العامل وانما يتم ذلك لو كان البذر من عند العامل او كان من عند المالك الارض فالتخيير اليه بطريق اولى لا الى المزارع
وانما تخيره مع الاطلاق لان المطلق على الماهية من حيث هي وكل فرد من افراد الزرع يصلح ان يوجد المطلق في ضمنه واولى منه لو عمم
لانه دل على الاذن في كل فرد فرد وقوى في كره وجوب التعيين لتفاوت ضرر الارض باختلاف جنس المزروع وما يلزم شركة الغرر
ولا ريب انه احوط الا ان في تعيينه نظرا لدخول المالك على اضر الانواع من حيث دخوله في الاطلاق فلا غرر كما لو عمم ودون فرق بين
الاطلاق والتعميم بان الاطلاق انما يقتضي تجويز القدر المشترك بين الافراد ولا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالاشد
ضررا من غيره اذ ليس في اللفظ اشعار بذلك الفرد ولا دلالة على الاذن فيه والرضا بزيادة ضرره ولا الرضا بالقدر المشترك
يستلزم الرضا بمقدار الضرر المشترك بين الكل لا بحال الرضا بالزائد فلا يبتنى والمتوسط والاشد بخلاف العام فانه دال على الاذن
لكل فرد وفيه نظر لان المطلق لما كان هو الدال على الماهية بلا قيد فوجوده يحصل في المفرد والمثنى والمجموع وغيرها على ما حقق من ان
الارتياع لم اختلفوا ولذلك حكموا بان الامر بالمطلق كالضرب مثلا يتحقق امتثاله بجزئي من جزئياته كالضرب بالسوط والعصا ضعيفا وقويا
ومتوسطا حتى قيل ان الامر به امر بكل جزئي او اذن في كل جزئي وهذا كله ينافي ما ادعاه الفارق ولو قيل بان المطلق هو النكرة كما
اختاره الامدي وابن الحاجب حيث عرفاه بانه الوحدة الشائعة والنكرة في سياق الاثبات تصلح حينئذ لكل فرد من افراده ايضا
ظاهر وان اختلفت بالقوة والضعف والمراد بالقدر المشترك على هذه التقديرات المعنى المصدري او نفس الحقيقة بين الافراد
اللوازم اللاحقة لها وهي في مسألتنا الزرع الصالح لكل فرد من افراد المزروع ولا انها مشتركة في هذا المعنى وان لم تشترك في الضرر
وغيره **قوله** وان عين الزرع لم يجز التعدي في لانه لا فرق في تعيين المعين بين كونه شخصيا كهذا الحب او صنفيا كالحنطة البلدية ونوعيا
وغيره لاختلاف الاغراض باختلاف ذلك ولو قيل ان كلام المص وغيره الامر فدل على انه لو عدل الى الاقل ضررا جاز
والاعتماد بان الرضا بزرع الاضر بالنسبة الى الارض يقتضي الرضا بالاقل ضررا بطريق اولى لا ان الغرض من المالك للارض ليس محصورا
فيما يتعلق بمصلحة الارض بل القصد الذاتي انما هو الانتفاع بالزرع ومصلحة الارض تابعة لا مقصودة بالذات فلا يشكل الاغراض
تختلف في انواع المزروع فربما كان غرضه في الاشد ضررا من حيث نفعه او الحاجة اليه وان حصل للارض ضرر فلا يتعلق غرضه
وان انتفعت الارض بالاخر لان الارض لو انتفعت بترك الزرع واسا لم يكن ذلك كافيا في جواز ترك المزارع العمل نظرا الى مصلحة
الارض ورجح في الاخرى عدم التعدي لما مر مط نعم يشكل هذا في اجارة الارض لزرع نوع معين فان عدول المستاجر الى زرع ما هو

اخف ضررا ليس بجيد لان الغرض في الاجارة للمالك تحصيل الاجرة وهي حاصلة على التقديرين ويبقى معه زيادة تخفيف الضرر
او عدمه واولى منه لو ترك الزرع طول المدة فانه لا اعتراض للمالك عليه حيث لا يبقى حق زرعه على الارض لحصول مطلوبه وهو الاجرة
بخلاف المزارعة فان مطلوبه الحصة من الزرع المعين فلا يجب له على الاضر بغيره ولا بنفسه ولم يوجد **قوله** ولو زرع ما هو اضر والحال
هذه كان للمالك اجرة المثل ان شاء او المسمى مع الارش اي له ان يخير بين ان يأخذ الاجرة اي اجرة المثل لزرع الارض والحال انه قد عين غيره مما هو اخف منه ضررا
فان المالك يتخير بين ما ذكر بين من الامرين ووجه التخيير ان مقدار المنفعة المعقود عليها قد استوفي بزيادة في ضمن زرع الاضر
فيتخير بين اخذ المسمى في مقابلة مقدار المنفعة المعينة مع اخذ الارش في مقابلة الزائد الموجب لضرر الارض بغير اذن مالكها
بين اخذ اجرة المثل لزرع ذلك الاضر من غير نظر الى المسمى والارش لان المزروع بتمامه واقع بغير اذن المالك لانه غير المعقود عليه
ويشكل الحكم الاول من التخيير بان الحصة المسماة انما وقعت في مقابلة زرع المعين ولم يحصل والذي زرع لم يتناوله العقد ولا
الاذن فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصة فوجوب اجرة المثل خاصة اقوى **قوله** ولو كان اقل ضررا جاز قد عرفت ما في الجواز
لما ادم الجواز لو تم ثبوت الحصة للمالك بحاله اما دونه نظر لانه غير معقود عليه ايضا فكيف يستحق فيه شيئا مع انه بدل العامل
الذي لا دليل على انتقاله عن ملكه وجعل العلامة في كتبه هنا بين اخذ اجرة المثل والمسمى لتقريب ما ذكر في الاضر وفيه النظر السابق
والاقوى ثبوت اجرة المثل خاصة **قوله** ولو زارع عليها او اجرها للزراعة ولا ماء لها مع علم الزارع لم يتخير ومع الجهالة له الفسخ
قد عرفت فيما تقدم من كلام المص وما حققناه ان من شرط صحة المزارعة على الارض ان يكون لها ماء معتاد للسقي غالبا بحيث يمكن
الانتفاع بالزرع فبدونه لا يصح العقد لفقد الشرط وان رضي كل من المالك والعامل لانه تضرر فيه حكم لم يرد الا في غير حكم
وهو مناف لما ذكره هنا من جواز المزارعة على ما لا ماء لها مع العلم بغير تخيير واللازم من تلك القاعدة بطلان المزارعة هنا سواء
علم او لم يعلم ولان الحكم بالتخيير فرع صحة العقد وقد شارك العلامة المصنف في كتبه على مثل هذه العبارة وزاد عليه التصريح
بانه لو ساقاه على ما لا ماء لها لم يصح العقد وتردد في كره في الصحة مع عدم الماء كما حكيناه سابقا وربما تكلف الجمع بين
الحكمين بحمل هذا التخيير على ما لو كان للارض ماء يمكن الزرع والسقي به لكنه كثير غير معتاد من جهة المالك بل يحتاج معه الى تكلف
واجراء ساقية ونحوه والمنع على ما لو لم يكن لها ماء مط وهو حسن لو ثبت ان مثل هذا القدر يوجب التخيير وان الاطلاق يقتضي
كون الماء معتادا لا يطلقه الا ان الاطلاق كلامهم يأباه فانهم افتقروا في الحكم بالجواز على امكان السقي بالماء من غير تفصيل
في التخيير على عدم الامكان واعتبارا باحداث النهر والساقية ونحوها الا ان المالك سواء كان معتادا ام لا لا حاجة الى التنبيه
عليه فلا فرق بين كون الماء معتادا وغيره في عدم الكلفة على الزارع والاقوى عدم الصحة هنا على هذا الاطلاق مثله
ما لو استاجرها للزراعة **قوله** اما لو استاجرها مطلقا ولم يشترط الزراعة لم يفسخ لامكان الانتفاع بها بغير الزرع في الحكم
بعدم الفسخ في الحكم فيما لو لم يكن المستاجر عالما بحالها فان العالم لا يتوهم جواز فسخه بل الاول صحيح ويبطل مطلقا وانما
لم يكن له الفسخ مع الجهل بالحال لانه اذا استاجرها مط لا يقتضي اشتراط امكان زرعها لانه نوع من انواع الانتفاع ولا يشترط
في استيجار شي ان يمكن الانتفاع به في جميع الوجوه التي يصلح لها بل امكان الانتفاع به مطلقا حيث يطلق وهو هنا كذلك لامكان
الانتفاع بالارض المذكورة في وضع المتاع وجعلها مراحا ومسورا وغير ذلك وان كان الغالب في الارض الزراعة لان الغلبة
لا تقيد الاطلاق مع احتمال الرجوع الى الغالبية في تلك الارض فان كان الزرع تسلط على الفسخ لانه المعتاد **قوله** وكذا لو
شرط الزراعة وكان في بلد تسقيها الغيوث غالبا اه هذا في الحقيقة من جملة اقسام الارض التي يعتاد لها ماء لسقيها اذ الاغلب في العادة

يمكن

بين كون السقي منه من جهة النهر او اجراء الماء من غيره او المطر والنيل وكون المخرج للحصول الماء المذكور سابقا بذلك الغالب
الاربعة اعتبطه لذكر العبث **قوله** ولو استاجر للزراعة ولا يتحصر منه الماء لم يجز لعدم الانتفاع والمراد ان الماء لا يتحصر في
الموضع فلو كان ستوليا عليها عند العقد ولكن يرتفع وقت الانتفاع عادة صح مع العلم بالارض فان كان حقيقة اولا
صار فيها لا يمنع زرعها وجب عدم الصحة في الاول لما ذكر من عدم الانتفاع بها فيما استوجرها عليه من المنفعة وهو منتف
استيفاء في المسائل السابقة وتعتبر بالاستيجار للزراعة ما لو استاجرها لغيرها مما يمكن استيفاؤه او مط فان الايجار صحيح
ينتفع بها فيما شاء ولو استاجرها للسكنى ولو فرض تعذر الانتفاع بها مط لم يصح مط لان شرط الاجارة امكان الانتفاع **قوله**
ولو رضي بذلك المستاجر جاز ولو قيل بالمنع لجهالة الارض كان حسنا هذا التعليل لا يدل على البطلان مط لامكان العلم
بالارض مع وجود الماء سابقا او مع صفاء الماء كما ذكرناه ولو فرض الجهل بها اصلا كان الحال فالمنع متوجه كما ذكره **قوله**
وان كان قليلا لا يمكن معه بعض الزرع جاز في وجه الجواز امكان الانتفاع في الجملة لكن لو لم يعلم المستاجر بذلك تسلط على الفسخ
للعيب فيه ان كان الزرع ممكنا في جميع الارض على انقضاء الماء او ممكنا في بعضها دون بعض فيلحق فيه الحاق كما لا يخفى **قوله**
ولو كان الماء يغمر عليها بدعم يجالم يصح لجهالة وقت الانتفاع فيه ومقتضى التعليل انه لا فرق بين رضا المستاجر بذلك وعدمه
ورضاه بما هو فاقد لشرط الصحة غير كاف في الصحة وفي عدة جعل المنع لعدم رضا المستاجر فلو رضي صح وهذا انما يتم فيما يكون
كالعيب المجبور بالرضا والخيار لانه لو جهالة الانتفاع يتعذر بالحاجة فينظر الى امكان الانتفاع في الجملة فانما يجب انقطاعه وتدرجا انقضا
المنفعة فلا وجه للحكم بعدم الصحة بل ينبغي تخيير المستاجر مع الجهل وما اطلقه المص هنا اوضح وهذه الاحكام اتيت في المزارعة
على الارض المذكورة وكان ذكرها في بابها اولى من استطراده وحكم المحتوى او التعميم ودونها فيها فيما بين المسالتين من المنع
مخصوص بالاجارة اما المزارعة عليها فالجواز قوي والفرق بينهما ان الاجارة على المعلومية لا تنضبط الاجرة فلا بد من انضباط المنفعة
في مقابلتها بخلاف المزارعة فان المنفعة التي هي الحصة للمالك مجهولة فتوسع في مقابلها من العوض بما لا يتسامح في غيرها ولا كذلك
قوله ولو استاجرها للغرس والزرع افتقر الى تعيين مقدار كل واحد منهما الى قوله لجهل الصورة اي استاجرها لاستيجار الارض للغرس
فيها والزرع معا فلا بد من تعيين مقدار كل واحد لان الغرس اضر على الارض فيمكن ان يدل الانقضاء من الاخف على تسميته تخفيفا
للزرع بالعكس وبين تخير الفرق اختلاف كثير فلا بد من ضبطه وكذا القول في شرط الزرعين كالحنطة والشعير فان ذلك في الحنطة
اضر فلا بد من تعيين المقدار وكذا الغرس الخالي من بسر وان العرد في الارض ويمكن حمل الاطلاق على حمل كل واحد منهما في نصف
الارض لان المتبادر من لفظ التشريك التسوية كما في نظائره ولان مقتضى الاجارة انما يكون المنفعة المطلوبة لكل واحد منهما
نصف الجميع فلا بد من هذا الذي يلزم الترجيح من غير مرجح وهذا هو الاقوى ويرجح فلا يجب التعيين هنا كما لو استاجرها مطلقا
لينتفع بها بما شاء وتحيز الى ذلك تعيين في الاوامر ودعم على الرضا بالاضر وبقي الكلام في تعيين النوع الواحد من الزرع
والغرس مع الاطلاق وقد تقدم **قوله** واذا استاجر ارضا مدة معينة ليغرس فيها ما يبقى بعد المدة غالبا وجب على المالك ابقاؤه او
ازالته مع الارش وقيل له ازالته كالزرع بعد المدة والاول اشبه وجه الاول ان المستاجر غير متعد بالزرع لانه مالك للمنفعة
تلك المدة فله الزرع فيها ذلك يوجب على المالك ابقاؤه لمفهوم قوله ص ليس لعرق ظالم حق قال الامام فخر الدين ان الامامية
اجمعوا على ان المفهوم في هذا الحديث وان اختلفوا في دلالة مفهوم الوصف في غيره لكن لما لم يكن له في الارض حق بعد
الاجارة جمع بين الحقين بابقائه بالاجرة وهو المراد من اطلاق المص ابقاؤه او قلعه بالارش ووجه الثاني ان المستاجر حل

الاطلاق على

ان لا حق له بعد المدة لان منفعة المدة هي المبذر وله في مقابلة العوض فلا يستحق بالاجارة شيئا اخر فللموجر قلعه مجانا كالزرع
المستاجر بعد المدة وهذا هو الاقوى وعدم تعدي المستاجر في وعدم في المدة لا يوجب له حقا بعدها مع استناد التقصير
اليه والمفهوم ضعيف ودعوى الاجماع على العمل به هنا لم يثبت وعلى تقدير صحته يمنع من كونه بعد المدة عرق ظالم لانه زرع
عرقه في ارض لا حق له فيها والزام المالك باخذ الاجرة على الابقاء او تكليفه الارش على خلاف الاصل فلا يصار اليه بمجرد
ذلك ومثله ما لو استاجر للزرع مدة يدرك فيها غالبا لكن قصر الزارع في الزرع الى ان انقضت المدة اما لو كان التاخير
لا بتقصيره بل لكثرة الامطار او تغير الاهوية او شدة البرد ففيه ما توجه وجوب الصبر الى بلوغه بالاجرة فانهما وان
اشتركا في عدم استحقاق ما بعد المدة الا انه حيث لم يقصر وقد زرع فيجمع بين الحقين بالاجرة بخلاف ما لو قصر او
قدم على ذلك كالسابق فانه يقطع حقه اذ لا معارض له واعلم ان هذه المسائل كلها الصق بالمزارعة وكان تاخيرها الى باب
الاجارة انسب قوله اذا كان من احدهما الارض ومن الاخر البذر والعمل والعوامل صح الى قوله نظرا الى الاطلاق الضابط
ان الصور الممكنة في اشتراك هذه الاربعة بينهما كلا او بعضا جايزة لاطلاق الاذن في المزارعة من غير تقييد بكون بعض

١٢١

١٢٢

قبل بدو الثمرة ولو كان بعد خروجه ففيه نظر من سبق ملكه لها فلا يزول بموته ومن ان ملكه مشروط بكمال العمل ولم يحصل والمتوجه عدم
الانفساخ لبطلان ما اشترط عليه العمل بنفسه والاشبه انه يكون شريكا فلا يبطل ملكه بالموت ثم ان كان الميت المالك استمر
العامل على عمله وقاسم الوارث وان كان الميت العامل وكانت المساقاة واردة على عينه ولم تظهر الثمرة بطلت وان ظهرت ففيه ما مر
وان كانت واردة على ذمته قام وارثه مقامه وليس للمالك منعه منه ولا اجباره عليه فلو امتنع من العمل لان الوارث لا
يلزمه حق لزم الموروث الا ما امكنه دفعه من ماله والعمل ليس بمال للموروث فلا يجب على الوارث كما لا يؤدي الحقوق من مال نفسه ثم ان
العامل [illegible] تخيير الوارث بين العمل وبين الاستيجار عليه من التركة فان امتنع منهما استاجر الحاكم عليه من التركة وان لم
يتفق ذلك تخير المالك بين الفسخ والانفاق من ماله بنية الرجوع كما سبق تحقيقه في هرب العامل وانما يجب على المالك تمكين
الوارث او اجيره اذا كان امينا عارفا باعمال المساقاة والا فله المنع ويبقى الامر كما لو لم يبذل **قوله** وهو كل اصل ثابت له ثمرة
ينتفع بها مع بقائه احترز به عن نحو البطيخ والباذنجان والقطن وقصب السكر فانه لا يصح [illegible] تعددت اللقطات
وبقي القطن ازيد من سنة لان اصوله [illegible] معلوم عادة فلا عبرة بالنادر منها **قوله** فيصح
المساقاة على النخل والكرم وشجر الفواكه لا تحقق النخل والكرم من جملة شجرة الفواكه فعطفه عليها تعميم بعد التخصيص
هو جائز لكن لو قدم وجعلها [illegible] كان اوقع **قوله** وفيما لا ثمر له اذا كان له ورق ينتفع به كالتوت والحناء [illegible]
من ان هذه المعاملة باشتمالها على ضرب من الغرر بجهالة العوض على خلاف الاصل فيقتصر بها على الوفاق وهو شجر الثمر دون
الورق المقصود كالثمرة في المعنى فيكون مستحقا للمساقاة [illegible] في بعض الاخبار ما يقتضي دخوله والقول بالجواز لا يخلو من قوة
ومثله ما يقصد زهره كالورد والمراد بالتوت المجوز عند الفكر وهو الذي لا يقصد ثمرته اما الانثى المقصود ثمرته فجائز
والتوت بالتاء المثناتين من فوق وفي لغة نادرة بالثاء المثلثة اخيرا وردها الجوهري **قوله** ولو ساقى على ودي او شجر
غير ثابت لم يصح اقتصارا على موضع الوفاق الودي بكسر الدال المهملة بعد الواو المفتوحة والياء المشددة اخيرا [illegible] فسيل
النخل قبل الغرس وفي القاموس انه صغار الفسيل [illegible] في عدم جواز المساقاة عليه [illegible]
اما لو ساقاه على ودي مغروس الى مدة يحمل مثله فيها غالبا صح [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

١٢٥

المشروط

وربما قيل بان الأول وهو ضعيف لو كان الثالث في الصورة الأولى البعض حاصلة فالاقوى عدم سقوط شيء من

لاصالة العدم ولان المثبت حصول عوض العمل ولا اعتبار بكثرته وقلته ومن ثم لا يسقط من العمل شيء بتلف بعض الثمرة

او اكثرها ويحتمل ان يسقط منه بالنسبة نظرا الى المقابلة الجزء بالجزء حيث قوبلت الجملة بالجملة

قوله وكل موضع يفسد فيه المساقاة فللعامل اجرة المثل والثمرة ...

١٢٦

في يد محق او يكف الثمرة اصابها بغير فعله قبل القسمة او غصبها البعض لانه لم يثبت عليه يد العاقد بعد استدامة حكما والثمرة ما
انفرنا من جواز الرجوع عليه بالجميع لانه ثبت على جميع الثمرة وان كانت بالنيابة واستدامة يد المساقي لا برفعه **قوله** ليس للعامل
ان يساقي غيره لان المساقاة انما يصح على اصل مملوك للمساقي والاصل في هذه المعاملة ان يقع على الاصول المملوكة للمساقي والعامل
لا يملك منها سوى الحصة من الثمرة بعد ظهورها كما قد علم من تعريفها وبقية احكامها ومن ثم لم يجز للعامل ان يساقي غيره بخلاف المزارعة
فان مبناها على الاصل في المعاملة على الارض بحصة من حاصلها وباقي اللوازم الاصل فيها ان يكون عمل العامل اذ لا يقتضي تعريف
المعاملة على الارض لزوم ذلك ولما كان المقصود بالذات في المعاملتين هو الحاصل والارض مقصودة بالعرض كان للعامل
المزارعة ان يزارع غيره لان البذر والذي يتفرع منه الحاصل منه فكان البذر في ذلك كالاصول في المساقاة فيتعامل عليه من يملكه
بخلاف المساقاة فان عمل الاصول مقصود بالذات لمالكها ايضا كالثمرة فلا يجوز ان يتعامل عليها بغير اذنه لاختلاف الناس في
العمل وتفاوت الاغراض فيه ويعلم من هذا ان البذر لو كان من رب الارض لم يجز للعامل مزارعة غيره وقد تقدمت الاشارة اليه
وربما اشكل الحكم فيما لو ظهرت الثمرة وبقي فيها عمل يحصل به زيادة فيها فان المساقاة حينئذ جايزة والعامل يصير شريكا فيما تقع
عليها العقد كتسلط المزارع على الارض وكلاهما مقصود بالعرض والمقصود بالذات هو الثمرة وهي مملوكة للعامل فاذا ساقاه
في الحصة التي يملكها اذ ليس له تصرف في مال المالك وعليه يتعين فان قيل ان المعاملة لا تكون الا على الاصول كما قد علم
وهي ليست مملوكة له فلا يتعدى ملك الثمرة فكما ان المعاملة في المزارعة انما هي على الارض وهي ليست مملوكة له وتسلطه على البذر
كتسلطه على الثمرة هنا اذ لا ينتقل منها الا ما هو ملكه وربما قيل بان ملك الارض ليس شرطا في صحة المزارعة بل يكفي فيها ملك التسلط
في باقي الثلثة التي تحصل بها الزرع وهي البذر والعمل والعوامل وعلى هذا الفرق سهل لان متعلق المساقاة الاصول فيعتبر في مالكها
ومتعلق المزارعة البذر فيعتبر من مالكه خاصة الا انا قد بينا سابقا ان ملك الارض معتبر في صحتها بل حقيقتها انما هي
المعاملة عليها على الوجه المذكور ومع ذلك يقع الاشكال في صورة تكون مالكا للارض والمحجور ما يحصل من الجواب بان الارض لا
يقصد عملها بالذات وانما يقصد الزرع فالعبرة فيه بمالك البذر وفي المساقاة يقصد بالعمل الاصول والثمرة معا كلاهما
بالذات فلا يقع الامر بالكراء من بايعه **قوله** خراج الارض على المالك الا ان يشترط على العامل او بينهما في الخراج في الارض
الخراجية كالمفتوحة عنوة يكون على الارض مع خلوها عن الشجر على الشجر المغروس فيها بواسطة الارض لانه حق المسلمين انما هو في
الارض لا في الشجر وكذا المقاسمة الخراج الى الارض وان كان قد يوضع على الشجر وانما كان على المالك لانه بسببه عرس
فيها الا ان يشترط على العامل وعليه ما يجب حسب ما شرطه لكونه جعلا بما يقدره لتحقق اشتراطه في العقد اللازم لما ذكرنا في
ولو زاد السلطان بعد ذلك فهو على المالك لا على حكم ما اشترط وقد تقدم مثله في المزارعة **قوله** الفايدة تملك بالظهور
ويجب الزكاة فيها على كل واحد منهما اذا بلغ نصيبه نصابا لان المكون الفايدة تملك بالظهور وانما الاشتراك لا يمنعها خلافا لاوكل
اسند الحكم الى العلماء وهو قرين الاجماع عليه لانه جمع معناه في العموم والخلاف فيه مع بعض العامة حيث جعل ملك العامل
موقوفا على القسمة ووجه المختار مع الاجماع على مقتضى الشركة في الثمرة بينهما وصحتها يقتضي ثبوت مقتضاه كساير الشروط
الصحيحة والثمرة متحققة بالظهور ويتفرع على ذلك وجوب الزكاة على من بلغ نصيبه منهما نصابا بالتحقق شرط وجوب
الزكوة وهو ملك الثمرة قبل تحقق الوجوب ونموها في ملكه والحكم بهذا التفريع لازم لعدم ثبوت الاصل وقد خالف من
اصحابنا السيد ابن زهرة فاوجب الزكوة على من كان البذر منه خاصة محتجا بان الحصة للاخر كالاجرة وضعفه ظاهر لان الحصة

قد ملكت هنا بعقد المعاوضة في وقت تصلح لتعلق الزكوة بها لا بطريق الاجرة ثم لو سلم كونها كالاجرة نطلق الاجرة لا يمنع من وجوب
الزكوة بل اذا تعلق الملك بها بعد الوجوب او لو استاجره بزرع قبل بدو صلاحها او اجر المالك الارض بالزرع كذلك وجبت
الزكوة على مالك الاجرة كالمشتري الزرع كذلك نعم لو كان يذهب الى ان الحصة لا يملكها من لا بذر له بالظهور بل بعد بدو صلاح
الثمرة ونحوها امكن ترتب الحكم لكنه خلاف اجماع الاصحاب ومع ذلك لا يتم تعليله بالاجرة بل بتاخر ملكه عن الوجوب قال ابن ادريس
ان ابا جعفر زعم هذا الحكم وكان يتنبل الحلب وشهد على فساده فلم تقبل واعتقد باعتقاده وشجعه بانه تفل عليه
الرد ولعمري ان الحق تقبل كلمه ومارد وهو على ما قاله الدين له ان قول ابن زهرة ليس بذلك البعيد من الصواب نحو
الظاهر والقدر الحاصل البذر على ذلك كثرة تشنيع ابن ادريس عليه اذ تقرر ذلك فنقول على الظهور يجب الزكوة على المالك
في نصيبه اذا بلغ نصابا كيف اتفق اذ لا مؤنة عليه وبتقدير ان يحصل البذر وغيره يعتبر بعدها واما العامل فيعتبر في
الوجوب عليه على القول باستثناء المؤنة بقاء قدر النصاب بعدها ويقع استثناؤها على ما تقدم تفصيله في الزكوة
قول السيد ره يجب على مالك البذر الزكوة في نصيبه قطعا واما حصة الاخر فهل يجب عليه ذكاتها بنى على ان مبنى حكمه ذلك
هل هو على تاخر الملك عن بدو الصلاح ام لا على ان الظهور من توهم انه كالاجرة وان قلنا يملكه له بالظهور فعلى التقدير لا يجب
على مالك البذر جزء وحيا من ملكه حين تعلق وجوب الزكوة وعلى الاول يكون من جملة المؤن فان لم يستثنها وجب ذكوتها
عليه لان انتقالها من ملكه حصل بعد تعلق الوجوب كما يجب الزكوة على البايع لو باع الثمرة بعد بدو الصلاح وان استثنيناها
المؤنة كانت من جملتها وحكمها في تتمة النصاب وعدمه حكم المؤنة المتاخرة عن بدو الصلاح والاقوى انها لا يتمم النصاب بل يزكي
الباقي بعدها وان قل **قوله** اذا دفع ارضا الى غيره ليغرسها على ان الغرس بينهما كانت المغارسة باطلة والغرس لصاحبه ولصاحب
الارض ازالته وله الاجرة وعليه ارش النقصان بالقلع في المغارسة معاملة على الارض ليغرسها العامل على ان يكون الغرس بينهما
وهي من جملة منه وهي باطلة عندنا وعند اكثر العامة لان عقود المعاوضة موقوفة على اذن الشارع وهي منفية هنا ولا فرق بين
ان يكون الغراس من مالك الارض ومن العامل ولا بين ان يشترط ما يملك العامل جزءا من الارض مع الغرس وعدمه حيث كانت
باطلة فالغرس لصاحبه فان كان لصاحب الارض فعليه للعامل اجرة مثل عمله لانه لم يعمل مجانا بل بالحصة لم يسلم له وان كان للعامل
فعليه اجرة المثل للارض من مدة شغلها او لصاحب الارض قلعه لانه غير مستحق للبقاء في الملك بالارش لصدوره بالاذن فليس
بعرق ظالم والمراد بالارش هنا تفاوت ما بين قيمته بما ليس على الوضع الذي هو عليه وهو كونه حال غرسه باقيا باجرة ومستحقا
للقلع بالارش وكونه مقلوعا لان ذلك هو المعقول من ارش النقصان لا تفاوت ما بين قيمته قائما مطلقا ومقلوعا اذ لا حق له في
القيام كذلك ليقوم بتلك الحالة ولا تفاوت ما بين كونه قائما باجرة ومقلوعا لما ذكرناه فان استحقاقه للقلع بالارش من جملة
اوصافه ولا تفاوت ما بين كونه قائما مستحقا للقلع ومقلوعا لتخلف بعض اوصافه عنه ايضا كالاتيانه ولا بين كونه قائما مستحقا
للقلع بالارش ومقلوعا لتخلف وصف القيام باجرة وهذه الوجوه المنفية ذهب الى كل منها بعض حتى ان الثاني منها الشيخ علي ره في
الاخير فخر الدين في بعض ما نسب اليه والاخيران ذكرهما من لا يعتد بقوله والاول مع سلامته من ذلك اسم من دور لان معرفة
الارش متوقفة على معرفة قيمته حين تحقيقه والذي القيمة لا يختلف باعتباره وان تقديره كذلك كتقديره مقلوعا او قائما
باجرة فلا يفتقر مثل هذا الدور وطرف الارض نظاير كثيرة تقدم بعضها ويجب على العامل مع ذلك ارش الارض لو نقصت به وطم
الحفر خصوصا لو قلعه لغير امر المالك وقلع العروق المختلفة عن المقلوع ولم يفرق الاصحاب في الحاق كلاهما بين العالم بالبطلان

والجاهل بل بعليه مشوق بالتقييم ولا يبعد الفرق بينهما وان لا اجرة لصاحب الارض مع علمه ولا ارش لصاحب الغرس مع علمه الا في الاول
في التصرف فيها بالحصة مع علمه بعدم استحقاقهما واما الثاني فلطله بالغرس مع علمه لعدم استحقاقه ويكون ضمانه الاخذ بما
كان مخصوصا بالحصة او الاجرة لم يكن الاذن من المالك متبرعا فله الاجرة لعدم المعاملة والغرس لما كان باذن المالك وان لم
يكن بحصته فليس بظالم فيكون مستحقا للارش **قوله** لو كان الغرس من مالك الارض لكن الغارس ركب فيه نوعا اخر كما
في شجر التوت ونحوه فالمركب للغارس ان كان لاصله ملكه وكان ما ذونه مدة بقائه ثم وعليه مع اجرة الارض اجرة اصول الغرس ايضا
وللمالك او الدال المركب مع الارش كامر **قوله** ولو دفع الغرس ليكون الغرس له لم يجز للغارس وكذا لو دفع الغارس الاجرة لم يجز
صاحب الارض على البقية بعدم اجبار كل منهما والحق لانه معاوضة مشروطة بالتراضي ولان ذلك غير لازم في الغصب فهنا اولى
خالف في ذلك بعض العامة فخير المالك بين ان يخلف الغارس القلع ويضمن الارش وبين اقرارها ويضمن له القيمة **كتاب الوديعة
والعارية والسبق والرماية والوصايا وتوابعها والنظر في امور ثلثة الاول العقد**
وهو استنابة في الحفظ ومن الشارح عقد الوديعة ولم يعرفها نفسها مع انها اولى بذلك ولعله
جرى على ما اسلفه من ان هذه المفهومات عبارة عن العقد المفيد لتلك الفايدة كما قد علم من تعريفه البيع بانه العقد وكثير مما
بعده فيكون الوديعة على هذا التقدير هو العقد المفيد للاستنابة في الحفظ كالوضعية ولما كان العقد مركبا من الايجاب والقبول
لم يكن العقد هو الاستنابة خاصة لانها افادة الايجاب فلا بد من ضميمة نحو القبول حتى يقال هي الاستنابة وقبولها
ونحوه ليتم العقد فانه يقال المودع استنابة في الحفظ ولا يقال للمستودع ذلك الا ان الحمل يعطي ايجاب هو بعيدا ويقال القبول
هنا القول ليس بشرط بل يقوم الفعل مقامه بل يكون المتوقف عليه العقد هو الايجاب خاصة وان كانت الوديعة لا يتم الا بهما
الا ان التعريف هنا للعقد ونقول ان تحقق الاستنابة يستلزم قبولها اذ لو ردها بطلت ولم يحصل لها اثر فاطلاقها عليها لذلك
وقد نقض التعريف في طرده بالوكالة فانها يقتضي الاستنابة في حفظ ما وكل في بيعه وغيره ويجاب بان حقيقة الوكالة ليست هي
الاستنابة في الحفظ بل الاذن فيما وكل فيه والحفظ تابع من توابعها بخلاف الوديعة فان حقيقتها الاستنابة والتعريف انما يكون
لذات الشي لا للوازمه ونحو ذلك ويجب ايضا بالتزام اشتمال الوكالة على مثل الوديعة من حيث تضمنها الحفظ وما ذكرناه اجود **قوله**
ويفتقر الى الايجاب والقبول حقيقة بكل عبارة دلت على معناه مقتضى كونه عقدا مركبا من الايجاب والقبول القوليين ومقتضى جوازه
عدم انحصاره في عبارة بل يكفي كل لفظ دل عليه ولا يعتبر فيه التصريح بل يكفي التلويح والاشارة المفهمة لمعناها اختيارا **قوله**
ويكفي الفعل الدال على القبول هذا هو المشهور وجماعته هنا انه يكفي القبول الفعلي مع اعترافهم بكونها عقدا نظرا الى ان الغاية منها انما
هو الرضا بالاستنابة وربما كان الفعل اقوى منه من القول باعتبار الالتزام به ودخوله في ضمانه لو قصر بخلاف القبول القولي
فانه وان لزمه ذلك شرعا الا انه ليس صريحا في الالتزام من حيث انه عقد جايز فاذا اشرع ولم يكن قصده حفظها اثم وبالبد توجه
للمقتضي الى يده على ما اكده العموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وهذا حسن الا ان فيه بعض الخروج عن حقيقة العقد ومن ثم ذهب
بعض العلماء الى انها اذن مجرد لا عقد وفرع عليه بعدم اشتراط القبول القولي واطرد ذلك الى الايجاب ان كان بلفظ او فعل دشبهه مما
هو من صيغ العقود وجعل القبول لفظا وان قال الحفظ وهو ما لم يفتقر الى القبول القولي كالوكالة وهو كلام موجه واعلم انه لا يعتبر مقارنة
القبول هنا للايجاب سواء اعتبرناه قوليا ام اكتفينا بالفعل **قوله** ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها اذ لم يحصل ما يتحقق معه المراد
بالقبول هنا القبول الفعلي خاصة لان مجرد القبول الفعلي غير كاف في تحقق الوديعة قطعا بل لا بد معه من الايجاب ولم يحصل هنا بمجرد الطرح
واما الفعل فقد عرفت انه يجب معه الحفظ سواء تحققت الوديعة ام لا نظرا الى ثبوت الحكم اليد وحيث يحصل القبول الفعلي انما يجب حفظها

لانها يصير وديعة بقرينة وعبارة المص لا تدل على ازيد من ذلك لانه قال لم يلزمه حفظها اذا لم يقبل فاذا قبل صارت وديعة وذلك لان الطرح
للمالك لها اعم من اقترانه بما يوجب الايجاب وهو الابانة بما يدل على الاستنابة لكن لما لوحظ ان الايجاب يحصل بالقول الصريح و
الاشارة والتلويح يظهر هنا ان حصل مع الطرح ما يفيد ذلك كان القبول في قول المص اعم من كونه قوليا او فعليا وان لم يحصل
معه ما يدل على الايجاب فالمعتبر في وجوب الحفظ القبول الفعلي خاصة لكن قوله طرح الوديعة لا يخلو من قرينة ان يريد بالطرح الابداع
بواسطة تسميتها وديعة فانها لغة وعرفا هي المال المودع وشرعا هي العقد المفيد للاستنابة في حفظ او يقول ان القبول
سبق ايجاب متصل فيؤذن بانه لسبقه من الطرح الايجاب واما تسليمها بالفعل فلا يسمى قبولا مع عدم سبق ايجاب وان
وجب حفظها لذلك الا انه قد يتوسع في اطلاق القبول من غير سبق ايجاب مطلقا ويحصل من ذلك صور الاول ان يضع المال
ولا يحصل منه ما يدل على الاستنابة في حفظه فيقبله قولا ولا اثر له في الضمان ولا في وجوب الحفظ الثاني ان يقبله فعلا
بان يقبض الموضوع عنده فيضمنه ويجب عليه حفظه الى ان يرده على ما الكه للخبر الثالث ان يتلفظ المالك مع الطرح بما يدل على
الابداع فيقبل قولا او فعلا فيجب عليه الحفظ لانها الوديعة ولا ضمان الا مع التقصير الرابع ان يقبله قبولا فعليا فيتم الوديعة
ايضا كامر واما الطرح فهو اشد من تلفظه بالوديعة ام لا ولم يحصل له الموضوع عنده ما يدل على الرضا قولا ولا فعلا لم يجب عليه حفظها
حتى لو ذهب كان لا ضمان عليه لكن يأثم ان كان ذهابه بعد مغاب المالك لوجوب الحفظ من باب المعاونة على البر واعانة المحتاج
فيكون وجوبا على الكفاية وان لم يكن الغرض بان تلف الوديعة ولكن غاب المستودع وتركها والمالك حاضر عندها فيريده للوديعة ولو
كان المالك غائبا فهو كذلك لزم ذكره ومشكل تحقق الوديعة بمجرد الذهاب عنها مع حضور المالك لاصالة بقاء العقد وكون الذهاب لم
يشر ما لم يتضمنه الغير قرائن يدل عليه وقد ظهر بما قررناه فساد ما ذكره بعضهم من ان قول المص ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه
حفظها ما لم يقبلها فيه دلالة على جواز كون الايجاب فعليا لان مفهومه انه لو قبلها لزمه الحفظ الدال على تحقق الوديعة ثم قال
من المالك ايجاب قولي بل مجرد الطرح وانت قد عرفت ان الحاجة وجوب الحفظ المترتب على القبض اعم من كونه بسبب الوديعة لانه قد
يكون بسبب التعدي في مال الغير **قوله** ولو اكره على قبضها لم تضمن وديعة ولا يضمنها لو اهملها اي اهمل حفظها فانه غير واجب عليه بسبب
الاكراه لكن يجب تقييده بما اذا لم يضع يده عليها بعد زوال الاكراه مختارا فانه حينئذ يجب عليه الحفظ باليد الجديدة وان لم يجب بالاكراه وهل
يصير بذلك وديعة ام امانة شرعية يحتمل الاول لان المالك كان قد اذن له واستنابه في الحفظ غاية انه لم يتحقق معه الوديعة لعدم
القبول الاختياري وقد حصل الان والمقارنة بين الايجاب والقبول غير لازمة ومن ان ما الشارع ما وقع سابقا فلا يترتب عليه
اثر ويشكل بان العاقد بالنظر الى القابض لا بالنظر الى المالك ويكون الفرق بينه ووضع اليد عليها اختيارا لبينة الاستيداع
وعدمه فيضمن على الثاني دون الاول الاطلاق الخلل وحده حكم الاصل **قوله** واذا استودع وجب عليه الحفظ اي قبل الوديعة وان كان
الاستيداع اعم منه وانما يجب عليه الحفظ ما دام مستودعا لان ذلك هو مقتضى تعليق الحكم على الوصف والاتفاق الوديعة من العقود
الجايزة وجوازه دهابه في كل وقت ينافي وجوب الحفظ الا ان يقال وجوب الحفظ اعم من كونه بسبب الوديعة وغاية ما يفرض انه ينفسخ فيها
الى الوضع ذلك يجب عليه حفظها الى ان يردها الى مالكها فيصدق وجوب الحفظ على كل حال في الجملة الا انا نقول وجوب الحفظ الى
ان يرد وان كان واجبا الا انه قد لا يتحقق في الوديعة بان يكون المستودع مقيما عند المالك بحيث لا يتوقف الرد على زمان فلا يتم
التعريف الا بما ذكرناه من وجوبه ما دام مستودعا ونقول ان الوديعة وان كانت جايزة لكن لا ينافي وجوب الحفظ فان الواجب على
المستودع احد الامرين اما الحفظ او الرد على المالك فالحفظ واجب مخير بينه وبين الرد فلذا اوجب عليه بقول مطلق واعلم ان قبول الوديعة

الذي يتفرع عليه حكم الحفظ ويكون وجبا اذا كان المودع مضطرا الى الاستيداع فانه يجب على كل قادر عليها واثق بالحفظ
منه كفاية ولو لم يوجد غير واحد تعين عليه الوجوب وفي هذين الفردين يجب الحفظ وقد يكون مستحبا مع تعدد من
تقته من نفسه بالامانة وكون المودع غير مضطر لما فيه من المعاونة على البر الذي اقل مراتب الامر به الاستحباب وقضاء
حوائج الاخوان وقد يكون محرما كما اذا كان عاجزا عن الحفظ او غير واثق من نفسه بالامانة لما فيه من التعرض للتفريط في مال
الغير وهو محرم ومثله ما لو تضمن القبول ضررا على المستودع في نفسه او ماله او بعض المؤمنين ونحو ذلك وهذا التقسيم نظير
وجوب الحفظ وعدمه قوله ولا يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط او اخذت منه قهرا في هذا اذا لم يكن سببا في
القهر كما لو كان هو الساعي بها الى الظالم ولم يقدر بعد ذلك على دفعه فانه يضمن لانه فرط في الحفظ بخلاف ما لو كانت
الساعية من غيره واعلم الظالم بها من غير سعاية ومثله ما لو اخبر اللص بها فسرقها وان اخبر بها في الجملة ولكن لم تعين له
مكانها فالى في كونه انه لا يضمن ويشكل مع كونه سببا في السرقة لانه تفريط لو لم يقصدها اللص فاتفقت مصادفته
بها توجه الى وجه الحلاف في الظالم فانه يضمن مع الفرق ان الظالم اذا علم بها اخذها قهرا والسارق لا يمكنه اخذ
الا اذا علم موضعها ولا فرق في عدم الضمان مع اخذ الظالم لها قهرا بين ان يتولى اخذها من يده ومكانه وبين ان يامره
بدفعها اليه بنفسه فيدفعها اليه كرها لانتفاء التفريط وح يرجع المالك على الظالم بالعين مع بقائها والبدل مع تلفها
المستودع بذلك لا يضمن ...
...

[illegible]

[illegible]

[illegible]

مل فيما عند المال فلا يسقط عن الحكم بنهي المالك وان صرح بقوله وان تلفت لكن هنا لو ترك نقلها اثم ولا ضمان لاسقاط المالك
له عنه كلامه واعلم انه لو نقلها الى غير المعين وتوقف النقل على اجرة فقد قال في كره انه لا يرجع بها على المالك لانه متبرع بها
وهو حسن مع احتمال الرجوع مع نيته لاذن الشارع له في ذلك فيتقدم على اذن المالك ولان فيه جمعا بين الحقين مع
مراعاة حق الله تعالى في امتثال الامر بحفظ المال قوله ولا يصح وديعة الطفل ولا المجنون ويضمن القابض ولا يبرأ برده
اليهما لا شبهة في عدم جواز قبول الوديعة منهما لعدم اهليتهما للاذن فيكون وضع يد المستودع على المال بغير حق فيضمن
ولا فرق في ذلك بين ان يكون المال لهما او لغيرهما وان ادعيا اذن المالك لهما في الايداع واطلاق حكم المصنف بالضمان يشمل
ما لو علم تلفها في ايديهما او عدمه والاقوى انه لو قبضها منهما مع خوف هلاكها بنية الحسبة في الحفظ لم يضمن لانه محسن وما
على المحسنين من سبيل لكن يجب عليه مراجعة الولي في ذلك فان تعذر قبضها وترتب الحكم ح واما عدم البراءة برده اليهما
على التقديرين فواضح للحجر عليهما في ذلك وشبهه فلا يبرأ الا برده الى وليهما الخاص او العام مع تعذره قوله ولو استودعا
لم يضمنا بالاهمال لان المودع لهما متلف ماله اي سبب في اتلافه حيث اودعه من لا يكلف بحفظ وهذه علة تقريبية فانه
من دفع ماله الى مكلف يعلم انه يتلفه يكون متلفا ماله مع انه يضمنه والاولى في التعليل ان الضمان باعتبار اهمالهما
انما يثبت حيث يجب الحفظ والوجوب لا يتعلق بهما لانه من خطاب الشرع المختص بالمكلفين ولا العارض قوله على التحريم حالة
حتى يؤدي لان على الحاكم وجوب الدفع والتكليف بالدفع يكون مختصا بالمكلف ويفهم من قوله لم يضمنا بالاهمال انهما لو اتلفت
بغيره بان تعديا فيها فتلفت انهما يضمنان وهو كذلك على الاقوى لان الاتلاف لمال الغير سبب في ضمانه اذا وقع بغير اذنه و
الاسباب من باب خطاب الوضع يشترك فيها الصغير والكبير ومثله القول في كل ما يتلفانه من مال الغير بغير اذنه فانهما
يضمنانه وان لم يكن لهما مال حين الاتلاف لان تعلق الحق بالذمة لا يتوقف عليه نعم ايجاب الخلاص من الحق عليهما يتوقف على التكليف
كما توقف تكون الحاجب الدفع من مالهما الولي ان كان لهما مال والا كان دينا عليهما يجب عليهما الخلاص منه بعد التكليف ولو فرض
موتهما قبله ولا مال لهما او لهما مال ولم يعلم الولي بالحال لم يؤخذ به في الاخرة لانتفاء التكليف ولعل ان فيه للد ابد لحكمهما ومباشرتهما
الاتلاف وجهين اخرنا احدهما عدم الضمان لعدم التكليف ولتسليط مالكها اياهما عليها فكان سببا اقوى والمباشر ضعيف
وجوابه يظهر مما سبق والثاني الفرق بين المميز وغيره فيضمن المميز خاصة لعدم قصد غيره الى الاتلاف فكان كالدابة وفيه نظر
لان المقتضي للضمان وهو الاتلاف موجود والمانع غير صالح للمانعية اما القصد فلانه لا مدخل له في الضمان وعدمه كما
يعلم من نظائره واما تسليط المالك فانه انما وقع على الحفظ لا على الاتلاف وغايته في الباب انه عرض ماله للسبب عدم صلاحية
الحفظ وهو غير كاف في سقوط الضمان عنهما لو باشراه نعم لو اهملا الحفظ والاقوى الضمان معه قوله واذا ظهر للمودع
امارة الموت وجب الاشهاد بها لان المالك انما اودعها ليحفظها وحفظها كما يتوقف عليه في حياته الاشهاد عليها اذا
حصل امارة الموت فيجب الاشهاد بحيث يمنع من التلف وهو ذلك وهو يتحقق في الاشهاد والوصية لها ان تحصل بها اثباتها حيث
ينكر الورثة او يكونون او بعضهم صغارا لئلا يمتنع الوصي من تسليمها الى مالكها بدون الاثبات ام يكفي واحد بحيث يحصل و
في ايصالها المنبأ ومن الاشهاد والاول لتحقق الغاية المطلوبة منه ويحتمل الاكتفاء بالثانية وهو الظاهر من عبارات
العلامة حيث جعل الواجب هو الايصاء بها وهو يتحقق بدون الاشهاد وعلى التقديرين فلو اخل بذلك ضمن للتفريط لكن
لا يستقر الضمان الا ان يموت فيعلم التفريط في اول مكان زمان ظهر فيه امارة الموت سواء كان ذلك وابتداء الموت ام لا

131 والكان الاشهاد والايصاء كاف وان قدر على ايصالها الى مالكها او من يقوم مقامه لانه لم يخرج بذلك عن اهلية الامانة فيستقيم
وجوب الاشهاد لا ينافيه لانه من وجوب الحفظ الواجب عليه وربما قيل بوجوب الرد على المالك او وكيله او الحاكم عند تعذرهما
او ايداعها عند الثقة تبعده فان بحرض ذلك كله اشهد عليها وهو الذي اختاره في كره اولا ثم رجع عنه الى الاكتفاء بالوصية مع
ولو غرض موته فجاة ولم يضمنها وان تلفت لا بعد نفعة والا فيجب الاشهاد عليها على كل وجه لا امكان ذلك في حقه الحو
مستقيما ان اخا حيث يكتفي بالوصية تعتبر في الوصي العدالة ولا فرق فيه بين الوارث والاجنبي والمراد ان يعلمها ويامرها
بردها على تقدير الموت لا ان يسلمها اليه لانه ايداع لا يجوز ابتداء نعم لو تعذر الوصول الى المالك او من يقوم مقامه واضطر
الى ذلك جاز تسليمها له كما يجوز ايداع الثقة عند الضرورة ولو اوصى الى غير الثقة فهو كما لو لم يوص لان التفريق ذلك فيقول
يجب على الودعي على تقدير الاشهاد او الايصاء تعيين الوديعة وتميزها ببيان جنسها ووصفها الرافعين للجهالة عنها فلو قصر
على قوله عندي وديعة لفلان او ذكر الجنس وابهم الوصف كما لو قال عندي ثوب لفلان فهو كما لو لم يوص ثم على تقدير ذكر الجنس
خاصة اما ان لا يوجد في تركته ذلك الجنس او يوجد متعددا او متحدا فان لم يوجد فلا حكم للوصي له بشيء ويضمن الودعي ما على تقدير
عدم وجوده فيظن تقصيره بترك البيان لانه لا فرق بين وجود المتعدد ولا بين تلفها بماله حيث لا يتميز فيكون تفريطا في وجوب
الضمان ولا يكون الموصي له شريكا في الثياب الموجودة لاصالة عدم استحقاقه شيئا في تركة الودعي وان كان عند الحقه من ضمن المثل
المثل او القيمة ويحتمل كونه شريكا لاصالة البقاء وان حكم بالضمان كما لو لم يوجد بالمال ولو وجد ثوب واحد ففي الحكم به للمالك وجهان
ماخذهما اصالة البقاء وحصة الثابت بالاقرار فينصرف الى ما يعلم التلف وعدمه حمل الاقرار على الموجود لاصالة عدم غيره وان الحمل
عليه يوجب ترك ظاهر او تقصيره في التقصير فضمن فيه مانعا الكون بها الموجود فلا لاحتمال ان لا يكون هو الوديعة فلا يحكم بها مع قيام الاحتمال
وترك العمل في اليد وعلى تقدير عدم الحكم له به هل يحكم بضمانه ويعتبر قبل الاجوان تلفها بغير تفريط قبل الموت والاقرار بها لا
ينافيه وقيل نعم لاصالة البقاء والحق ان الحكم مبني على ان الاهمال المذكور هل يعد تقصيرا يوجب الضمان كما هو الظاهر من كلامهم ام لا
فان قلنا بالضمن قطعا للتفريط وان قلنا بالثاني فلا لاصالة العدم وبراءة الذمة واما اصالة بقائه فلا يقتضي الضمان بل يقتضي
الحكم به خلاف ما عليه وقد مضى مثله وسيأتي الكلام على نظيره قوله ولو لم يشهد وانكر الورثة كان القول قولهم ولا يمين عليهم
الا ان يدعى عليهم العلم في هذا الحكم واضح لاصالة عدم الوديعة كما لو انكرها المورث وكل من يدعى عليه وانما لا يجب عليهم اليمين لان
الدعوى متعلقة بالمورث لا بهم كالوارث عليهم به الا ان يدعى عليهم العلم بذلك فيلزمهم الحلف على نفي العلم لا على البت لانه
ضابطة الحلف على نفي فعل الغير ومثله ما لو اقر الورثة بالوديعة ولكن لم يوجد في التركة وادعى المستودع انه قصر في الاشهاد
وقال الورثة لعلها تلفت قبل ان ينسب الى التقصير فالقول قولهم عملا باصالة براءة الذمة ولا يمين عليهم الا مع دعوى علمهم بالتقصير
ويمكن ان يريد المصنف بمسئلة هذا القسم بان يكون المراد بانكار الورثة انكارهم وجودها في التركة حيث لم يشهد عليها وترك الاشهاد
على تلفها قبل حصول ما يوجب الاشهاد ويدعي المالك بقاءها وتقصيره في الاشهاد والحكم في المسألتين واحد قوله ويجب اعادة
الوديعة على المودع مع المطالبة اذا طلبها المالك الوديعة وهي باقية وجب على الودعي ردها عليه في اول اوقات الامكان
لا بمعنى مباشرة الرد وحمل مؤنته كما يظهر من العبارة بل بمعنى رفع يده عنها والتخلية بين المالك وبينها فان كانت في
مقفل فتحه عليه وان كانت في بيت محرز فكذلك وهكذا والمراد بالامكان ما يعم الشرعي والعقلي والعادي فلو كان في صلوة
واجبة اتمها او بينه وبينها حائل من مطر مانع وهو وحتى يزول او في قضاء حاجة فالى ان ينقضي الضرورة ويشهد يعتبر فيها

يجري العادة ولا يجب الزيادة في المشي وان امكن وهل يعتبر اكمال الطعام والحمام وصلوة النافلة وانقطاع المطر غير المانع عند وجهان
واستقرب في التذكرة العدم مع حكمه في باب الوكالة بانها اعذار في رد العين اذا طلبها الموكل فيتمشى ان يكون هنا اولى ويحل الحجر
شهد عليه عنده وقيل نعم ليدفع عن نفسه النزاع واليمين لو انكر الرد وقيل لا لان قوله في الرد مقبول فلا حاجة الى البينة ولان الرد
بينة على الاخفا غالبا وفصل آخرون جيدا فقالوا ان كان المالك وقت الدفع قد اشهد عليه بالايداع فله مثله ليدفع عن نفسه
التهمة وان لم يكن اشهد عليه عنده لم يكن له ذلك وحيث يجوز الرد مع امكانه يكون ضامنا لانه من اسباب التقصير ولو كان لعذر
وجب المبادرة في اول الوقت والمراد قوله ولو كان كافرا يشمل الملاحد الكافر الحربي وغيره من انواع الكفار ومن يجوز اخذ ماله
فان الوديعة مستثناة من ذلك عملا بوجوب الامانة وقد قال تعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها وروي في الفضيل
عن الرضا عليه السلام قال سألته عن رجل استودع رجلا من مواليك مالا له قيمة والرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر على
ان لا يعطيه شيئا والمستودع رجل خارجي شيطان فلم ادع شيئا فقال قل له يرده عليه فانه ائتمنه عليه بامانة الله وقال
الحسين الشيباني للصادق عليه السلام ان رجلا من مواليك يستحل مال بني امية ودماءهم وانه وقع لهم عنده وديعة فقال ادوا
الامانات الى اهلها وان كان مجوسا فان ذلك لا يكون حتى يقوم قائمنا فيحل ويحرم وفي معناها اخبار كثيرة وقال ابو الصلاح
اذا كان المودع حربيا وجب على المودع ان يحمل ما اودعه الى سلطان الاسلام والمشهور بين الاصحاب هو الاول لانعلم فيه مخالفا
غيره قوله الا ان يكون مودعها غاصبا لها فيمنع منها ولو طالبها وان تمر وجب انكارها ووجب اعادتها على المغصوب ان عرف
وان جهل عرفت سنة ثم جاز التصدق بها عن المالك ويضمن المتصدق ان كره صاحبها هذا هو المشهور بين الاصحاب و
مستنده رواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام والطريق ضعيف ولكنه عندهم مجبور بالشهرة واوجب ابن ادريس ردها
الى امام المسلمين فان تعذر ابقاها امانة ثم يوصي بها الى عدل الى حين التمكن من المستحق ورواه في المخ وهو حسن وان كان القول
بجواز التصدق بها بعد الياس والتعريف متوجها عليه ايضا كما في كل مال ييأس من معرفة صاحبه لان فيه جمعا بين مصلحتي الدنيا
والاخرة بالنسبة الى مالكها فانه لو ظهر غرم له ان لم يرض بالصدقة فلا ضرر عليه وذهب المفيد الى انه يخرج خمسها لمستحقه
الباقي يتصدق به ولم يذكر التعريف ويتعين سلار والاجود التخيير بين الصدقة بها وابقائها امانة وليس له التملك بعد التعريف
هنا وان جاز في اللقطة وربما احتمل جوازه هنا بناء على الرواية فانه جعلها فيها كاللقطة وهو ضعيف ويمكن ان يراد انها
منزلة منزلة اللقطة في وجوب التعريف لا مطلقا ولم يذكر من عمل بالرواية جواز التملك وكما يجب انكارها على الوارث
يجب على المودع ايضا لاستوائهما في عدم الاستحقاق وتخصيص الحكم بالوارث لا وجه له وانما يجب منع الغاصب منها
مع امكانه فلو لم يقدر على ذلك سلمها اليه ولا ضمان ح نظرا الى ما يقتضيه قواعد الغصب ان للمالك الرجوع على ايهما شاء
وان كان قرار الضمان على الغاصب قوله ولو كان الغاصب مزجها بماله ثم اودع الجميع فان امكن المستودع تميز المالين رد عليه
ماله ومنع الاخر وان لم يمكن تميز ما وجب رد الجميع على الغاصب لكن الظاهر وجوبه ان امكن منعه منها بقدر مقتضى
منعه من ماله الا ان الفرض عدم التميز وهو غير جائز فيشكل بان في الرد تسليطا للغاصب على مال غيره بغير حق وهو غير جائز
ايضا والاقوى رده على الحاكم ان امكن ليقسمه ويرد على الغاصب ماله فان تعذر وكان مثليا وقد حق الغاصب معلوما
احتمل قويا جواز تولي الودعي القسمة جمعا بين الحقين والقسمة هنا اجبارية للضرورة ونيابة للمودع عن المالك
حيث قد تعلق به امانة والحسبة ولو لم يكن كذلك بان امتزج على وجه لا يعلم القدر اصلا ففيه اشكال ويتوجه ح ما اللقطة

132 الاصحاب ان لم يكن من قبضة الغاصب عليه وجه يمكن معه الاطلاع على الحق ويحتمل عدم جواز الرد مطلقا مع امكانه الى ان يعترف الغاصب
بقدر معين او بقاسم لاستحالة ترجيح حقه على حق المغصوب منه مع تعلق الرد في بالحقين وليس في كلام الاصحاب هنا شيء منقح
قوله في موجبات الضمان وينحصر في امرين التفريط والتعدي في الفرق بينهما ان التفريط امر عدمي وهو ترك ما يجب فعله من الحفظ
ونحوه والتعدي امر وجودي وهو فعل ما لا يجوز فعله كلبس الثوب ونحوه قوله فكان يطرحها فيما ليس بحرز اي يطرحها
فيه ويذهب عنها او يبقى مراعيا لها بنظره لم يعد تفريطا لان العين حرز الا ان يكون المحل غير صالح لوضعها فيه بحسب
حالها وهو نوع اخص من التفريط قوله او ترك سقي الدابة او نشر الثوب الذي يفتقر الى النشر كما يجب عند الاطلاق سقي الدابة وعلفها وغيره
ما فيه بقاؤها كذا يجب فعل ما يقتضي بقاؤها ودفع ما يوجب فسادها كنشر الثوب وطيه وتعريضه للهواء في كل
وقت يفتقر اليه بحسب عادته حتى لبسه لو لم يندفع ضرره الا به فلو اخل بذلك ضمن سواء امره المالك به ام سكت لان
الحفظ واجب مطلق فيجب كل ما يتوقف عليه اذا كان مقدورا نعم لو نهاه المالك عن ذلك لم يلزمه الضمان وان جاز له فعله حفظا
للمال وقد تقدم مثله في نفقة الدابة ولو افتقر فعل ذلك الى اجرة فالحكم فيها كالنفقة من وجوب مراجعة المالك او الحاكم
ثم تولي ذلك بنفسه والرجوع به مع نيته الرجوع كما تقدم قوله او يودعها من غير ضرورة ولا اذن لا فرق في عدم جواز ايداعها
من دون اذن مالكها وعدم الضرورة بين ان يودعها لزوجته وولده وعبده وغيرهم ولا بين الثقة وغيره ولا بين ان
يجعل ذلك الغير مستقلا بها او شريكا في الحفظ بحيث تغيب عن نظره وهو موضع وفاق ولانه تصرف في مال الغير بغير اذنه
لان المالك لم يرض بيد غيره واما مشاركة غيره في الوديعة وحفظها في محل مشترك في التصرف بحيث لا يلاحظه في
سائر الاوقات سواء كان خارجا ام غير خارج نعم لو كان عنده مفارقة لضرورة انه يتحفظ من يثق به ويلاحظ
الحرز في عوده فلا بأس كما كرة اعتقاده لقضاء العادة به ولانه ايداع عند الحاجة ولو فوض الحفظ الى الغير لا لضرورة او شركه
او لم يحرز عنه ضمن واشترط المصنف في الضمان بالايداع شرطين احدهما عدم الضرورة فلو حصل ضرورة الى الايداع بان خاف عليها
من حرق او سرق او نهب او اراد سفرا او تعذر ردها الى المالك او وكيله ودفعها الى الحاكم ولا يسوغ ذلك ابتداء فان تعذر
العدل وهذا هو الخارج بالقيد فلا يجوز ايداعها للضرورة ابتداء بل على الوجه الذي فصلناه وسيأتي في كلام التنبيه عليه
والثاني اذن المالك في الايداع فيجوز حينئذ على حسب ما اذن ديته وصفا ولا ضمان مع الايداع كما نص له الا اذا خالف المعين مطلقا
او الوصف بغيره الماذون قوله او يسافر بها كذلك مع خوف الطريق وامنه هو من جملة اسباب التفريط السفر بالوديعة من
غير ضرورة ولا اذن المالك سواء كان الطريق امنا ام مخوفا فاذا اراد السفر وجب عليه ردها على المالك او وكيله كما مر فان تعذر
فعلى الحاكم فان تعذر اودعها العدل فان تعذر فلا ضمان اما ان يخاف عليها مع ابقائها في البلد ولا فان خاف جاز السفر بها كما
وهو الموافق لمفهوم العبارة هنا وان لم يخف عليها فمفهوم قوله كذلك اي كالسابق وهو عدم الضرورة والاذن انه لا يجوز
السفر بها ويحتمل وهو كذلك لان الاذن مع الاطلاق منها بينا والحفظ في الحضر عملا بالعادة ولان السفر لا يخلو من خطر في الجملة
والحبس لا فرق في الضرورة بين تعلقها بالوديعة كالخوف عليها وبالودعي كما لو اضطر الى السفر فانه يجوز ان يسافر بها
مع تعذر ايصالها الى من ذكر سابقا وقد ادعى في كره الاجماع على جواز السفر بها والمعتبر في تعذر الوصول الى المالك و
وكيله والحاكم المشقة الكثيرة وهو المعبر عنه بالتعذر عرفا لا الامتناع بالتعذر لما في الزام تحمل ما يزيد على ذلك من الحرج والضرر المنفيين
واما السفر فالاولى حمله على العرفي ايضا لا الشرعي وعلى هذا يجوز استصحابها في تردد دائرة في حوالي الحدود والبلد وما دون

القرى التي لا يبعد الانتقال اليها سفرا مع امن الطريق فلا يجوز ايداعها في مثل ذلك مع امكان استصحابها كما لا يجب ردها على المالك
ويفهم من التذكرة انه ليس له ايداعها ح ويجوز استصحابها مع الامن الضمان ومع عجزه عن ايصالها الى المالك ومن يقوم مقامه
ايداعها الثقة والاجود المنع ويستثنى من عدم جواز السفر بها اختيارا ما لو اودعه حالة السفر او كان المستودع منتجعا فانه
يجوز السفر بها ح من غير ضمان لقدوم المالك على ذلك حيث اودعه مع العلم بتلك الحال وليس على المستودع ترك السفر
لاجلها وكان هذا في معنى الاذن في السفر بها بدلالة القرائن الحالية قوله وطرح الاقمشة في المواضع التي تعفنها الى
كذلك مدة يكون فيها تعفنها الا وضعها فيها مدة يقطع فيها بعدم الضرر فلا يعد ذلك تفريطا ومثله وضع الكتب في
المواضع التي تفسدها بالنداوة ونحوها والمرجع في ذلك الى العرف ومثل ذلك المكان لا يصلح للوديعة عرفا بحسب
المدة التي تبقى فيها ويمكن اعتبار كونه حرزا لها مطلقا فلا يجوز وضع الثوب في موضع يعفنه وان عزم على نقله قبل
العفن نظرا الى انه ليس بحرز لها عادة قوله وكذا لو ترك سقي الدابة وعلفها مدة لا تصبر عليها في العادة فماتت به الحرز
بموتها بها مالو ماتت بغيره فانه لا يضمنها كذا لو كان بها جوع سابق وعطش ولا يعلم بها فماتت بها بحيث لولا النقص لما ماتت
ولو كان جاهلا فوجهان وجزم في كرة بالضمان ولو لم تمت بل نقصت خاصة ضمن النقص ولو لم ينقص دخلت في ضمانه بسبب
التفريط واعلم ان الواجب علفها وسقيها بحسب المعتاد لامثالها فالنقصان عنه يعد تفريطا سواء صبرت عليه ام لا ومتى عد
تفريطا صارت ضامنا لها وان ماتت بغيره هذا هو الذي يقتضيه قواعد الوديعة وح فتعليق الحكم على موتها بسبب تركها
مدة لا تصبر عليها عادة ان اريد به هذا المعنى فلا اشكال من هذه الحيثية لكن يشكل تعليق حكم الضمان بموتها مع
كونها قد صارت مضمونة بالتفريط ومن شان المضمون بان لا يفرق الحال بين تلفه ونقصه بذلك السبب وغيره وسياتي له
نظائر كثيرة من كلام المص وغيره وان اراد به معنى اخص مما ذكرناه كما هو الظ اشكل الحكم بما سبق ومن توقف الضمان على ترك
ذلك هذه المدة مع ان الواجب القيام بالمعتاد وتركه يحقق التفريط ويشكل ايضا بما هو ابلغ مما هنا فانه قال في كرة لو امتنع
المستودع من ذلك وعن بره العلف والسقي حتى مضت مدة يموت مثل الدابة في مثل تلك المدة نظر ان ماتت ضمنها وان لم تمت
دخلت في ضمانه وان نقصت ضمن النقصان فان ماتت قبل مضي تلك المدة لم يضمنها هذه عبارته وقد علق الضمان فيها كما ترى على
ترك فاك مدة يموت فيها عادة لا تاخيره زيادة عن المعتاد ولا زيادة على ما تصبر عليه عادة قوله ورد في التعدي مثل ان يلبس
الثوب او تركب الدابة الى المراد انه لبسه للانتفاع به دون غير قصد له لو توقف حفظه على اللبس كالثوب الصوف ليدفع عنه الدود
حيث لا يندفع بنشره وعرضه على البرد والهواء لم يكن تعديا بل يكون واجبا يضمن بدونه وكذا القول في ركوب الدابة كما لو توقف
نقلها الى الحرز او سقيها ونحوه على ركوبها فانه يجب ضامنا من الجواز وحكم لبس الثوب الموجب للضمان النظر في الكتاب المودع لو كان
النسخ منه بطريق اولى قوله او يطلب منه ردها وامتنع من الرد مع القدرة ضمنه قد تقدم ان المراد بالرد الواجب عليه رفع يده عنها والتخلية
مالكها منها بانفتح القفل والباب ونحو ذلك لا مباشرة الرد وان المراد بالقدرة ما يشمل القدرة شرعا فلو كان في خوف يفضه لا يعد
قادرا شرعا الى ان يفرغ او كان في الصلوة قطعها ولا يعذر في التعقيب المعتاد ولا في كمال النافلة ولا في الكيل الى ان يصبح الا ان يكون في محل
يشق اخراجها منه فيه عادة ونحو ذلك قوله وكذا لو جحدها ثم قامت عليه بينة او اعترف بها انما كان الجحود تعديا موجبا
للضمان لانه خيانة حيث انه انكارها ينوي ان يذهب عليها الثبت بنيابته عن المالك فلا يكون امينا ويعتبر في تحقق الضمان به امور
الاول ان يكون بعد طلبها المالك لها منه فلو جحدها ابتداء او عند سؤال غيره لم يضر لان الوديعة مبنية على الاخفاء فامكان

لها بعد

لها بعد طلب يوجب الرد اقرب الى الحفظ ولو لم يطلبها المالك لكن سال عنها او قال لي عندك وديعة فانكر ففي الضمان قولان احدهما
١٣٣ العدم اختاره في كرة لانه لم يمسكها لنفسه ولم يقر بيع عليها بغير رضا المالك حيث لم يطلبها ومجرد السؤال لا يبطل الوديعة
ولا يرفع الامانة بخلاف الطلب والثاني ثبوته لان جحوده يقتضي كونه ليست عن المالك لان نفي الملزوم يقتضي نفي
لازمه من حيث هو لازمه فلا يكون امينا عنه فيضمن واختاره المحقق الشيخ علي ره وهو متجه الثاني ان لا يظهر للجحود
عذر من نسيان او غلط ونحوهما فانه لا يضمن ان صدقه المالك على العذر والا فني الضمان وجهان واستقرب في كرة
الضمان ووجهه يعلم بما سلف وان كان عدم الضمان لا يخلو من وجه الثالث ان لا يكون الجحود لمصلحة الوديعة بان يقصد
به دفع ظالم او متغلب على المالك ونحو ذلك لانه ح محسن وما على المحسنين من سبيل قوله ويضمن لو خلطها بماله بحيث لا
يتميز الى لا فرق بين خلطها باجود ومساوي وادون لاشتراك الجميع في العدوان الناشي من التصرف في الوديعة تصرفا
غير مشروع وتعيبها بالمزج المقتضي للشركة المفضي الى المعاوضة على بعضها عند القسمة بغير رضا ولان الشركة عيب
فكان عليه الضمان ويفهم من قوله خلطها بماله انه لو خلطها بمال المالك لم يضمن وليس كذلك بل يضمن على التقديرين ولا
فرق هنا ايضا بين ان يكون المالان عنده وديعة فيمزج احدهما بالاخر وكون الاخر امانة بغير الوديعة وغصبا لصدق
التصرف المنهي عنه في ذلك كله وربما كان للمالك غرض في الامتياز ويمكن ان يكون الضمير في ماله عائدا الى المودع
المستودع والحكم فيهما صحيح الا ان يعوده الى كل واحد اخلال بالاخر واستعمل الرفيها على وجه الاشتراك بحيث يشملها
معا يحتاج الى تكلف وتجوز والاولى عوده الى المستودع خاصة كما ذكرناه اولا لان خلطها بمال المودع سيأتي الكلام فيه
في العبارة مادة مخصوصة وهو كونهما معا وديعة ولا فرق في الحكم بين الوديعة وغيرها ونبه من قيد الحيثية
بعدم التميز انه لو تميز المالان لا يضمن والحكم فيه كذلك ان لم يستلزم المزج تصرفا او غير المزج منهيا عنه كما لو كان المال
في كيس مختوم ونحو ذلك الضمان المنفي على تقدير الامتياز من حيث المزج وان لزم الضمان من حيثية المزج وان وجب
الضمان من حيثية اخرى قوله وكذا لو اودعه مالا في كيس مختوم ففتح ختمه الى لا فرق في فتح الختم بين ان ياخذ شيئا
من الكيس وعدمه ولا في الختم بين ان يكون مشتملا على علامة المالك وعدمه لاشتراك الجميع في هتك الحرز والتصرف
المنهي عنه ومثله الصندوق المقفل وكذا ما اشبه الختم مما يدل على قصد المالك الاخفاء به كالربط والشد كما يقصد به
مجرد المنع من الانتشار كالخيط والربط الذي يشد به راس كيس الثياب والوزمة منهما والفرق بين الامرين بالقرائن
وفي حكم القفل والختم الدفن فلو اودعه شيئا مدفونا فنبشه ضمن ومتى تقول في كيس مختوم على ان الختم المانع من تصرف
المستودع هو ختم المالك فلو كان من المستودع لم يضمن لانه لا هتك فيه ولا نقص لما فضل المالك هذا اذا لم يكن الختم منه
بامر المالك والا كان كختم المالك وحيث يضمن بالفتح يصير ضامنا للظروف وفي ضمانه للظروف وجهان اجودهما ذلك
للتصرف فيه المنهي عنه واستقرب في كرة العدم لانه لم يقصد الخيانة في الظروف ويضعف بان قصد الخيانة لا دخل له
في الضمان بل التصرف وقد استشكل فيها حكم ما لو عد الدراهم المختوم او وزنها او ذرع الثوب مع ان مقتضى
تعليله بعدم الضمان ولو لم يفتح الكيس المختوم لكن خرقه تحت الختم فهو كفض الختم ويزيد بضمان الظروف ايضا ولو كان الخرق
فوقه لم يضمن الا نقصان الخرق قوله وكذا لو اودعه كيسين فمزجهما الى انما يضمن هنا بكونه على وجه لا يتميز احد المالين عن
الاخر اما لاستلزامه او لكون المزج في الغالب يوجب منه وانما يمنع تعميم الحكم بالضمان بمطلق المزج لاستلزامه التصرف

المالين بغير اذن المالك حيث اقتضى اخراج احدهما من كيسه وصبه على الاخر والظ انه يضمن بالخروج مطلقا واما الاخر فان كان مختوما
ضمنه والا فلا مع بقاء التميز لانه لم يحدث فيه تصرفا وتوقف فيه مع احتمال الضمان مطلقا وهو قول البعض الاصحاب هذا كله اذا
كان الكيسان للمودع اما لو كان للمستودع فلا ضمان مع بقاء التميز لان له نقل الوديعة من محل الى غيره ولا تفريط بذلك ولا
يبقى عليه الحفظ فيها وضع غيره او لاوقد تقدم انه لا فرق بين كون الكيسين معا وديعة او احدهما امانة عنده او
قوله وكذا لو امر باجارتها بما يحمل الخف فاجرها لاثقل او كما يسهل فاجرها لاشق كالقطن والحديد لا اشكال في الضمان
هنا مع استعمال المستاجر لها في الاثقل لانه تعد محض من المستودع وحصل تحقق بمجرد العقد بحيث لو سلطه على
الانتفاع العدوان فيخرج عن كونه امينا كما يضمن بجحوده بل يجوز ويتجه على قول مع عدم فعل ما يوجب الضمان وعدمه كما لو نوى
الخيانة او التفريط او قال انه يفعل في المستقبل الحقق في ذلك على شيء بعينه والمراد بالاشق في المثالين ان الحديد
اشق عند سكون الهواء والقطن اشق عند الهواء ومن ثم جمع بين المثالين ثم الضمان على تقدير المخالفة هو للجميع على
التقديرين لتحقق العدوان في الانتفاع مع احتمال التقسيط خصوصا في حمل الاثقل لان القدر المأذون فيه ليس
بمضمون دائما تعدى بالزايد فيقسط التالف عليهما وعلى هذا فيعتبر في الاخر ما ساوى المأذون من الضرر مع احتمال
ضمان الجميع هنا وان قلنا به ثم لان مجموع الحمل مغاير للمأذون بخلاف الاثقل اذ كان الثقل مستندا الى زيادة القدر مع
اتحاد الجنس كما اذا اذن له بحمل قفيز فحمل قفيزين وسيأتي مثل هذا الاشكال في باب الاجارة وضمان الجميع اقوى مط
قوله ولو جعلها المالك في حرز مقفل ثم اودعها ففتح المودع الحرز واخذ بعضها ضمن الجميع ولو لم يكن مودعة في حرز او
كانت مودعة في حرز المودع فاخذ بعضها ضمن ما اخذ الفرق بين الامرين واضح فانه في الاول تعدى بفتح الحرز المقفل
من المالك فيضمن الجميع كما تقدم وان لم ياخذ منه شيئا فالاخذ اولى بذلك واما اذا لم يكن مودعة في حرز فلم يحصل منه تعد الا
فيما اخذه كذا اذا كان في حرز المودع فان له فتحه في كل وقت لانه لا يعد متصرفا في مال المستودع الا في ماله فلا يضمن
هذه الحيثية وانما يضمن من جهة الاخذ وهو مقصور على الماخوذ ويستثنى منه ما لو اشتبه المستودع بمال المالك بحيث يصير
ح بمنزلة ما لو مزجه بماله فلا فرق في ضمان الماخوذ بين ان ينوي ضمه في حاجته او عندنا لان الاخراج على هذا القصد
خيانة وعلى هذا فلو نوى التصرف في الوديعة عند اخذها حيث اخذها على هذا القصد كانت مضمونة عليه مط
لانه لم يقبضها على وجه الامانة بل على سبيل الخيانة وفي تاثير النية المجردة في استدامة الاخذ كما لو نوى في استدامته وجهان من ثبوت
اليد في الموضعين مقترنا بالنية الموجبة للضمان ومن انه لم يحدث فعلا مع قصد الخيانة والشك في تاثير مجرد القصد في
الضمان وقد تقدم ذكره ويتحقق ذلك في صورة منها ان ينوي الاخذ ولم ياخذ او الاستعمال ولم يستعمل او ان لا يرد الوديعة بعد
طلب المالك او يتلفظ بالجحود ونحو ذلك وقد تقدم جزم المص فيما سبق بانه لو نوى الانتفاع لا يضمن بمجرد النية قوله ولو
اعاد بدله لم يبرأ ولو اعاده ومزجه بالباقي ضمن ما اخذه ولو اعاد بدله ومزجه سقطت الوديعة ومع الاشتباه ضمن الجميع انما
لم يبرأ مع اعادة البدل لانه لا يتعين ملكا للمودع اذ لا يحصل الملك الا بقبضه او قبض وكيله والمستودع ليس وكيلا في
تعيين العوض والتكليف وكيلا في الحفظ فاما مزج ما اعطاه بالا بالباقي بحيث لا يتميز ضمن مزج الوديعة بماله وقد تقدم انه
يوجب الضمان ولا يبقى بمنزلة الباقي فهو مضمون اذا لم يحصل فيه تعد ولو اعاد عين الماخوذ لم يزل الضمان عنه كما لا يزول
بالرجوع عن كل تفريط وتعد ولا يتعدى الى الباقي وان مزجه به بحيث لا يتميز لان الجميع مال المالك غاية ما في الباب ان بعضه مضمون وبعضه

غير مضمون

غير مضمون ولان هذا الاختلاط كان حاصلا قبل الاخذ وعلى هذا لو كان الجميع عشرة دراهم واخذ منها درهما ثم رده
اليها وتلفت بغير تفريط لم يلزمه الا درهم ولو تلف منها خمسة لزمه نصف درهم وهكذا قوله يجوز السفر بالوديعة اذا خاف
١٣٤ تلفها مع الاقامة ثم لا يضمن الى انما يجوز السفر بها مع الخوف عليها مع تعذر ردها على المالك ووكيله والحاكم وايداعها
الثقة حيث لا يكون في ايداعه خطر عليها فلو قدر على احدهم لم يكن له السفر بها وان خاف عليها فانه لو خاف عليها على
تقدير ايداعها سقط وجوبه وجاز السفر بها ح بل يجب عندها معه لان حفظها واجب فاذا لم يحصل الا بالسفر وجب من
باب المقدمة وقد تقدم الكلام في ذلك والمص عبر بالجواز والظ انه اراد به معناه الاعم فلا ينافي الوجوب كما يجوز له كما ح
مع الخوف عليها الان بقائه الان السفر لا يجب عليه لاجلها وان خاف عليها بدونه بل له اختيار السفر وجب عليه استصحابها
فلا يكون السفر واجبا وانما يجب مصلحتها الى اختياره فيصح اطلاق جواز السفر وبهذا المعنى صرح بعض الاصحاب
الاقوى الاول بل قال في كرة انه لا نعلم فيه خلافا قوله ولا يجوز السفر مع ظهور امارة الخوف فلو سافر والحال هذه
ضمن هذا من تتمة الحكم السابق ومحصله ان السفر بالوديعة حيث يجوز لعذره ونحوه انما يجوز مع امن الطريق
فلو كان مخوفا ولو بظهور امارة عليه مفيدة لظن الخوف لم يجز فلو سافر والحال هذه ضمن لانه تعرض بها للخوف عليها
في الحضر يكون فيها من خطر ان خير في الاقامة لان السفر نفسه خطر الا ان ينضم اليه امارة الخوف زاد خطره على الحضر قوله ردها
لا يبرأ المودع الا بردها الى المالك او وكيله فان فقدهما فالى الحاكم مع العذر ومع عدم العذر يضمن ولو فقد الحاكم وخشي
تلفها جاز ايداعها من ثقة ولو تلفت لم يضمن الى لما كانت الوديعة من العقود الجائزة جاز للمستودع ردها في كل وقت
لكن مع وجود المالك او وكيله في قبضها او مطلقا يجب تسليمها اليه ولهما بردها عليه ولا يبرأ ح بردها الى الحاكم لانه لا ولاية
له على الحاضر الرشيد فان فقدهما واراد ردها على الحاكم وكان به حاجة الى ذلك كان يخاف عليها او من الخوف يفتقر
معه الى السفر المنافي لرعايتها او خاف عليها من السرقة او الحرق او النهب ونحو ذلك من العذر وجاز دفعها الى الحاكم لانه له
ولاية على الغائب على هذا الوجه فان تعذر او دفعها الى الثقة ولا ضمان فيها لمكان الضرورة ولو لم يكن له عذر لم يجز دفعها الى الحاكم
ولا ايداعها الثقة وان كان له فسخ الوديعة لانه قد التزم الحفظ فلا يبرأ بدفعها الا الى المالك او وكيله لان المالك لم يرض بيد
غيره ولا ضرورة له الى اخراجها من يده فليحفظها الى ان يجد المالك او يتجدد له عذر هكذا ذكره الاصحاب الا العلم فيه خلافا بينهم
ووافقهم جماعة من العامة وجاز بعضهم دفعها الى الحاكم عند تعذر المالك مط لانه بمنزلة وكيله وليس بذلك البعيد ثم
على تقدير جواز دفعها الى الحاكم هل يجب عليه القبول كما اذا كان له عذر ولم يجد المالك ولا وكيله وجهان من انه نائب عن الغائب
ح وانه منصوب للمصالح ولو لم يجب القبض فاتت المصلحة المطلوبة من نصبه ومن اصالة البراءة والاقوى الاول ان الوجهان ايضا
فيما لو حمل اليه المديون الدين مع غيبة المدين والغاصب المغصوب او بدله عند تلفه وغيره ذلك من الامانات التي يليها الحاكم قوله
او قدر على الحاكم فدفعها الى الثقة ضمن حيث يجوز له دفعها الى غير المالك او وكيله لتعذرهما سواء كان ذلك لفسخ الوديعة
مع العذر ام لا لارادة السفر الضروري يجب تقديم الدفع الى الحاكم على ايداع الثقة لانه وكيل عام عن المالك فكان يضمن لو ضاع
الثقة كما يضمن لو دفعها الى الحاكم مع امكان دفعها الى المالك او وكيله الخاص وقد تقدم جواز قوله اذا اراد السفر فدفنها
ضمن الا ان يخشى المعاجلة قد عرفت انه مع ارادة السفر يجب ردها الى المالك او وكيله ثم الى الحاكم ثم يودعها الثقة على تفصيل
فيه فاذا ترك ذلك واقتصر على دفنها فان كان مع وجود المالك او وكيله فالضمان ظاهر لانه لو دفعها الى الحاكم او اودعها الثقة

فمن فاذا دفنها في مكان يحتمل بعده هلاكها او نسيانها بتفوت فلا يصل المالك اليها اولى فان تعذر الوصول الى المالك
وامكنه الوصول الى الحاكم فكذلك وكذا لو تعذر دفنها في غير حرز او في حرز ولم يعلم بها الثقة واعلم ولم يكن عنده
بان يكون مدفنا عن المستودع ولو كان الموضع بيد الامين فهو كالايداع مع احتمال عدمه وهو ظاهر اطلاق العبارة لانه
اعلام لا ايداع ولانه لا يلزم من حفظها بجوز الاعلام بخلاف الوكيل الى المعتبر فانه يترتب عليه وجوب حفظها ونقلها من الموضع
عند الخطر ونحو ذلك من لوازم الامانة وقطع في كره بالاول وفي الثاني قوة هذا كله اذا لم يحتمل المعاجلة قبل ايصالها الى
من ذكر من المالك ومن يترتب عليه والاحسان الواضح موضع امين وقد وقع المعاجلة في كلام المص والجماعة مطلقة
وهي يحتمل امرين احدهما معاجلة السارق قبل ذلك وهو صحيح لان حفظها ح لا يكون الا بالدفن فيجب ويجزي لانه المقدور
يعتبر كونه يجوز مع الامكان ولا شبهة ح في عدم الضمان والثاني معاجلة الى السفر اذا اراد السفر وكان حتما وديا ولا يختلف عنها
منها فورثا فانه ح يدفنها في حرز ولا ضمان عليه لمكان الحاجة **قوله** اذا اعاد الوديعة بعد التفريط الى الحرز لم يبرأ ولو جدد
له المالك الاستيمان وكذا لو ابرأه من الضمان ع انما لم يبرأ بالرد لانه قد صار بمنزلة الغاصب فيستصحب الحكم بالضمان الى
ان يحصل من المالك ما يقتضي ذلك ويتحقق زواله بامور منها ان يرده عليه ثم يجدد له الوديعة وهذا لا شبهة فيه لانه
وديعة مستانفة يترتب عليها حكمها الذي من جملته كون الودعي امينا ويكون دخوله في قول المص جدد المالك له الاستيمان
ومنها ان يجدد له من غير ان يدفعها اليه بان يقول له اذنت لك في حفظها او اودعتكها او استأمنتك عليها ونحو
ذلك وقد جزم المص بعود الامانة بذلك ووجهه ان الضمان انما كان لحق المالك وقد رضي بسقوطه باجل ... ما يقتضي
الامانة ويحتمل ... ذلك لان الغاصب اذا استودع هل يزول الضمان ام لا فان المستودع هنا قد صار بعد بمنزلة
المسئلة موضع اشكال اذ لا منافاة بين الوديعة والضمان كما في الفرض المذكور فلا يزول الضمان السابق بتجدد ما لا
ينافيه مع عموم قوله على اليد ما اخذت حتى تؤدي ومن ثم قد قام بك مقام يد وجعله وكيلا في حفظها اولى
دفع الضمان وقد سلف البحث في نظائرها في مواضع كالرهن والقراض والاقوى هنا زوال الضمان لان المستودع نائب عن
المالك في الحفظ فكانت يده كيده وقبضه لمصلحته فكان المال في يده بمنزلة ما اذا كان في يد المالك بخلاف الرهن ومنها ان يبرئه
من الضمان وقد جزم بزواله ايضا والوجه فيه ما سبق من ان الضمان كان لحق المالك وقد اسقطه بالابراء ويشكل بان معنى
الضمان ان العين لو تلفت وجب عليه بدلها والحال انها الآن لم تتلف فيكون الابراء من الضمان ابراء مما لم يجب ويمكن دفعه بان الضمان
المسبب عن التعدي معناه جعل ذمة الودعي متعلقة بالمال على وجه يلزمه بدل المال على تقدير تلفه ولزوم البدل ثمرة الضمان
وفائدته لا نفسه والساقط بالابراء هو الاول لا الثاني وبدل على ان المراد من الضمان هو المعنى الاول انهم يحكمون عليه
بمجرد العدوان فيقولون صار ضامنا هنا ولو ضل كذا ضمن ونحو ذلك مع ان لزوم البدل لم يحصل بذلك وانما حصل
شغل ذمته له وهذا يكون زواله بالابراء بل هو متعلق البراءة واما نفس البدل فلا يعبر عنه بالضمان والبراءة اذا تعلقت به فانما
يكون من نفس المال لا من الضمان الثابت بالعدوان واعلم ان ما ذكره من تعليق الحكم على اعادته الى الحرز بعد التفريط على سبيل
المثال والا فالحكم متعلق بكل موضع يثبت فيه الضمان ثم يزول ذلك السبب بان يلبس الثوب ثم ينزعه بنية التخلص او ياخذ
الدراهم لينفقها ثم يردها او ينظر في الكتاب ثم يطبقه ويرده الى الحرز وغير ذلك من اسباب التعدي والتفريط بالجحود وغيرها
قوله ولو اكره على دفعها الى غير المالك دفعها ولا ضمان هذا هو المشهور بين الاصحاب لضعف المباشرة وقوة السبب فيختص به الضمان

ولا ضمان لانه ... ولان ترك التسليم ح ضرر منفي فيباح فلا يستعقب الضمان لانه ماذون فيه شرعا وخالف في ذلك
ابو الصلاح فاوجب الضمان اذا سلمها بيده واصحاب التلف لا ان اخذها المكره من الحرز بنفسه محتجا بانه قد تلف بالتسليم فكان
ووافقه العلامة في كره وجوابه قد علم مما سبق فان القهر والاذن الشرعي اسقط الضمان ولان الاكراه صيره ضعيفا بالنسبة الى
المكره ولانه محسن فلا سبيل عليه وعلى تقدير ضمانه يرجع على المكره وانما يظهر الفائدة في جواز مطالبة المالك له بالعين او
البدل **قوله** اذا انكر الوديعة او اعترف وادعى التلف او ادعى الرد ولا بينة فالقول قوله وللمالك احلافه على الاشبه والاشبه
يمكن ان يرجع الى قبول قوله في الاخير وهو الرد خاصة لانه موضع الاشكال من حيث ان الاصل عدم الرد وعموم البينة على المدعي
من حيث انه محسن قابض لمحض مصلحة المالك وامين والاصل براءة ذمته والمشهور قبول قوله بيمينه هنا لو ادعى رده على
الثمن كالوارث فعليه البينة لان الاصل عدم الرد وهو لم يأتمنه فلا يكلف تصديقه ودعوى رده على الوكيل كدعوى
رده على الموكل لان يده كيده واما انكار الوديعة فلا شبهة في قبول قوله فيه لانه منكر والاصل عدم ... غير معارض ولو دعوى
تلفها مع الاعتراف بها ابتداء فانه وان كان فيه مدعيا مخالفا للاصل الا ان المشهور قبول قوله فيه مع يمينه لانه امين
فيقبل قوله على ما ائتمنه ولا فرق في ذلك بين دعواه التلف بسبب ظاهر كالحرق والغرق وخفي كالسرق لاشتراكها في المعنى
للمص حيث فرق فقبل قوله في الثاني دون الاول لان الاول يكون معلوما بالمشاهدة او الاستفاضة غالبا فيحتاج الى البينة ولم
هذا اذا ذكر السبب ولو اطلق قبل قوله بيمينه ايضا قال في كره بعد حكايته عن الشافعي ولا باس بهذا القول عندي ... وقال
الصدوق في المقنع يقبل دعوى التلف والضياع بلا يمين وعلى هذا فيكون عود الاشبه الى قبول قوله في التلف بيمينه
فيكون ردا على القولين ولا ثبات اليمين خاصة والى قبول قوله مطلقا الى المجموع منهما او من قبول قوله في الرد **قوله** اما
لو دفعها الى غير المالك وادعى الاذن فانكر فالقول قول المالك مع يمينه لانه منكر للاذن فيقدم قوله فيه ولانه لو عدم
لان المدفوع اليه لم يأتمنه فلا يقبل قوله في الرد اليه كما لو ادعى الرد الى الوارث وكون المدعى الدفع اليه وكيلا ليكون بمنزلة
المودع غير معلوم لان انكاره الاذن يقتضي الدفع اليه وخروجه عن كونه وكيلا فاذا حلف المالك نظرا كان من ادعى الدفع اليه
مقرا بالقبض وهي باقية ردت على المالك وان تعذر ردها منه لغيبته او غيرها تخير المالك بين الرجوع عليه وعلى
الودعي فان رجع على الودعي رجع على المدفوع اليه ان كانت العين باقية فان استعادها دفعها الى المالك واخذ البدل الذي
دفعه وان كانت تالفة لم يكن له الرجوع عليه لاعترافه بظلم المالك له في اخذ البدل منه فلا يرجع به على غير من ظلمه وان كان
للقبض الذي ادعاه المستودع فالقول قوله بيمينه مع عدم البينة فيختص الغرم بالمستودع **قوله** ولو صدقه على الاذن لم يضمن
وان ترك الاشهاد على الاشبه ع اختلف الاصحاب فيمن امر غيره بدفع الوديعة الى غير المالك او بقضاء دينه ففعل ولم يشهد
فانكر المدفوع اليه هل يضمن الدافع ام لا فقيل يضمن فيهما لان اطلاق الاذن يقتضي دفعا نافعا يمكن الرجوع اليه عند الجحود
فاذا ترك الاشهاد فقد قصر خصوصا الدين فان الغرض منه براءة الذمة ولا يظهر الا بالاشهاد ولان الغرم اذا انكر فالقول
قوله وكذا يجب الاشهاد فيهما ولا ضمان مطلقا لان المامور به هو الدفع وقد امتثل والتفريط عليه لا بدل عليه اطلاق الامر
وانما هو مطلوب عن الامر والهذا القول اول في الحلف وقيل يجب الاشهاد في قضاء الدين دون الوديعة اما الدين فلما ذكر
اما الوديعة فلانها امانة وقول المستودع مقبول في الرد والتلف فلا معنى للاشهاد ولان الودائع حقها الاخفاء بخلاف
قضاء الدين ومن اختار هذا القول في كره وكثير من كتبه والمص اختار هنا عدم الوجوب بالاشهاد على اداء الوديعة وفي

الوكالة اختار التفصيل على تردد فيه والتفصيل حسن **قوله** اذا اقام المالك البينة على الوديعة بعد الانكار فصدقها او ادعى
التلف قبل الانكار لم تسمع دعواه لاشتغال ذمته بالضمان ولو قيل تسمع دعواه وتقبل بينته كان حسنا ع وجه عدم السماع
انه بانكاره الاول السابق مكذب لدعواه اللاحقة فلا تسمع التناقض كلامه فلا يتوجه بها يمين عليه ولا على المدعي عليه وكذا
لا يسمع بينته بطريق اولى لانه مكذب لها ووجه ما استحسنه المص من سماعها عموم الخبر وجواز استناد جحوده الى النسيان فيعذر
وهو خيرة كره وفي التحرير منع من قبول بينته وسماع دعواه بمعنى قبول قوله بيمينه لكن قال ان له احلاف الغريم وهو نوع من سماع
دعواه وفي عدة مسائل صار للعلامة في المسئلة ثلثة اقوال وفي المسئلة قول رابع وهو انه ان اظهر لانكاره تاويلا
كقوله ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها او ضمانها ونحو ذلك قبلت دعواه وسمعت بينته وان لم يظهر له تاويلا لم يقبل وهو اختيار
الشهيد ره وهو حسن هذا كله اذا كان الجحود بانكار اصل الايداع اما لو كان بصورة لا يلزمني شيء او لا يلزمني تسليم شيء اليك او
ما لك عندي وديعة او ليس لك عندي شيء فقامت البينة بها فادعى التلف او الرد سمعت دعواه وبينته لعدم التناقض
كلامه وحيث قلنا بقبول بينته ان شهدت بتلفها قبل الجحود برئ من الضمان وان شهدت بتلفها بعده ضمن لخيانته بالجحود
ومنع المالك منها **قوله** اذا عين له حرزا بعينه وجبت المبادرة اليه بحسب ما جرت العادة فان اخر مع التمكن ضمن ع لما كان
الواجب على المستودع وضع الوديعة في حرز مع الاطلاق وفي المعين منه مع تعيينه وذلك شامل لجميع اجزاء الزمان الذي يكون
فيه مستودعا لزم وجوب المبادرة الى وضعها في الحرز على ... وضعها في البيت وكان خارجا عنه او في الصندوق كذلك لم
يجز له ابقاؤها معه الى ان يصل اليه كيف شاء بل يجب عليه المبادرة بحسب العادة الى ايصالها ذلك المحل المعين فان اخر المبادرة
وان قل ضمن مع التمكن منها وينبغي ان يراد بالتمكن هنا ما يعم الشرعي والعقلي فلو كان في وقت فريضة قد ضاق وقتها ... لم
المبادرة قوانها وكذا للمعذر غير المتمكن الى ان يتم الواجب المضيق وكذا ضاق الوطر من الاكل والحمام وقضاء الحاجة التي ليست ضرورية
فلا يعذر بعمل على ما سبق مع احتماله والكلام في ابقاء الضمان مع عدم المبادرة وان وضعها بعده في المعين كما سبق في
التقصير ويتفرع على ذلك انه لو كان المعين البيت ولم يكن معتدة فوضعها في احدها جاز نقلها الى الآخر ان لم يكن بينها
فاصل بعد خارجا عنها وان كان من توابع الدار والاكثر على ان المراد بها في العقد الخارج فيها خروج عن مقتضى الامر من غير ضرورة
ولو كان في البيت صناديق لم يصح لانه لم يخرجها من البيت المعين ولو كان المعين الصندوق فنقلها الى غيره لما ذكرنا
من التعليل في نقلها من بيت الى آخر هذا اذا لم يكن التعيين تخصيصا والا فالحكم الضمان في كل ذلك مع الاختيار واما مع الخوف
والحاجة الى النقل فلا ضمان **قوله** ولو سلمها الى زوجته لتحرزها ضمن ع قد تقدم ان المستودع لا يجوز له الايداع اختيارا
ولا مشاركة غيره في الاحراز ولا فرق في ذلك بين الزوجة وغيرها فمتى سلمها الى غيره مع عدم الحاجة ضمن وان لم يسلمها
اليها اصلا فاستعان بها في ذلك على خلاف بعض العامة حيث جوز الايداع من زوجته ولو من جهة جواز الاستعانة بها او
بالخادم ونحو ذلك حيث جوز الايداع من عليه نفقته فيا ساءها على ماله وهو فاسد لضعف الاصل **قوله** ولو اعترف بالوديعة ثم مات
وجهلت عينها قيل يخرج من اصل تركته ولو كان له غرماء وضاقت التركة حاصهم المستودع وفيه تردد ع هذا هو المشهور بين
الاصحاب ووجهه ان اعترافه بالوديعة يقتضي ثبوت يده عليها والاصل بقاؤها الى ان يردها الى مالكها فاذا لم يعلم كان
ضامنا لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولانه بترك تعيينها مفرط فيها فيضمن ولان الاصل بقاؤها في يده الى الموت
وبعده يكون في جملة التركة فاذا تعذر الوصول اليها بعينها وجب البدل فيكون بمنزلة الدين فيحاص الغرماء والمص تردد في هذا الحكم

ونرد ده يحتمل امرين احدهما ان يكون في اصل الضمان بناء على ان امرها في حيوته انما يقتضي وجوب الحفظ والاخذ منه بيّنة
حالها فاذا مات ولم يعلم احتمل تلفها قبل الموت بغير تفريط ورده الى المالك والاصل براءة ذمته من الضمان وكون التلف
خلاف الاصل معارض بهذا الاصل ولسنا نبني حقيتها قطعا اذ لا يلزم من بقائها تعلقها بالذمة والثاني ان يكون التردد
في كيفية الضمان وان اصالة بقائها اقتضى كونها في جملة التركة غاية ما ذكر انها عينها مجهولة فيكون مالكها بمنزلة الشريك وكون
الشركة مجهولة لا يقدح في الحكم كما لو امتزج ماله بمال غيره بغير اختياره ثم مات احدهما فان الشركة تتحقق ويقدم الشريك
بالحصة على غيره من الغرماء والانتقال الى البدل انما يتحقق اذا تعذرت العين انما يكون مع عدم العلم بوجودها في جملة المال والاصل
البدل واصالة البقاء حد اوجبت ذلك والاقوى انه ان علم بقاؤها الى بعد الموت ولم يتميز قدم مالكها على الغرماء وكان بمنزلة
الشريك ان علم تلفها بتفريط فهو اسوة الغرماء والا فلا ضمان لاصالة براءة الذمة واصالة بقائها الى الآن لو سلمت لا يقتضي
تعلقها بالذمة وقد سبق مثل هذا البحث في الرهن والقرض **قوله** اذا كان في يده وديعة فادعاها اثنان فان صدق احدهما
قبل وان اكذبهما فكذلك وان قال لا ادري لمن هي منهما حتى يثبت لهما المالك وان ادعيا او احدهما علمه حلف لا يعلم كان دعلية اليمين
اذا ادعى كل من شخصين على ثالث بان ما في يده من المال المخصوص وديعة له عنده فاما ان يصدق احدهما او يصدقهما معا او يكذبهما او يقول
القطع او يقول لا ادري لايكما هي مع قطعه بانحصارها فيهما او يقول لا ادري لمن هي فان اقر لاحدهما بعينه حكم بها للمقر له
للآخر وان حلف له سقطت دعواه عنه وبقيت منازعته مع صاحبه فلا احلافه ايضا فان حلف سقطت دعواه ايضا واستقر
ملك المقر له على العين ولو نكل المودع عن اليمين احلف المدعي على استحقاقها ان لم يقض بالنكول وغرم له المودع المثل او القيمة
لحيلولته بينه وبينها باقراره الاول فنزل للنكول اليمين المردودة منزلة اقرار المنكر او لو اقر بها ثانيا للآخر غرم له فكذا اذا
حصل ما هو بحكم الاقرار ولو جعلناها كالبينة من المدعي فهي مساوية للاقرار او انتزاع العين من يد المقر له بحاصل
سبق اختصاصه باقرار من هي في يده فلا يزال باليمين الاخر لاصالة البقاء الحق وامكان الجمع بتغريم المقر البدل من انقضاء
البينة كونها لمن شهدت له والاول اقوى لانها انما تكون كالبينة بالنسبة الى المتداعيين لا من حق غيرهما وكونها كالبينة
في حق المدعى عليه فيفيد تغريمه لما عوضها بالحيلولة بينه وبينها باقراره واليمين منها هنا على البت لانها ترجع الى الاستحقاق
ونفيه ولو اقر بها لهما معا على سبيل الاشتراك فقد كذب كل واحد في دعوى الجميع وصدقه في البعض فيقسم بينهما ويكون حكم
التصديق والتكذيب في النصف كما في الجميع بالنسبة الى الودعي وبالنسبة اليهما يبقى النزاع بينهما في النصف فان حلفا او نكلا
قسم بينهما وان حلف احدهما خاصة قضي له به ولا خصومة للمالك مع المستودع وان اكذبهما معا انتفت دعواهما الا البدل له
لكل منهما احلافه على البت ايضا فان نكل عن اليمين ردت عليهما وصارا في الدعوى سواء لان يدهما خارجة فان حلفا او نكلا
قسمت بينهما وان حلف احدهما خاصة اختص بها وان قال هي لاحدكما ولا ادري من هو على اليقين فان صدقاه على عدم العلم
فلا خصومة لهما معه ويبقى الخصومة بينهما كما سبق لكن هنا يحتمل جعلهما بمنزلة ذي اليد لا الخارج لما في الاولى العرف انه
الغير لا لاحدهما ولا اعتراف لذي اليد لاحدهما ايضا فيخارجا عنها على التقديرين بخلاف هنا فان ذا اليد يعترف
اليد لاحدهما وليس لاحدهما اولى من الاخر على تقدير الاشتباه ويحتمل مساواته للاول لعدم ثبوت اليد لاحدهما وتظهر
فائدة اليد وعدمها عند تعارض البينات على ما سيأتي ان شاء الله وان كذباه في عدم العلم فادعى كل واحد منهما علمه بانه المالك
فالقول قوله مع يمينه لكن الحلف هنا على عدم العلم ويكفي يمين واحدة على الاقوى لان المدعى شيء واحد وهو علمه بكون المال المعين

بخلاف السابق لانه لا ينفي استحقاق كل واحد فيحلف له ويحتمل عليه لكل منهما يمينا لان كلا منهما مدعى فيدخل في عموم الحديث
السابق فاذا حلف لهما بقيت المنازعة بينهما و[illegible] هنا فقيل يقرع بينهما فمن خرج اسمه وحلف سلمت اليه وقيل
توقف حتى يصطلحا والقولان للشيخ والاقوى انهما يحلفان ويقسم بينهما كالمتداعيين وتساويهما في الحجة [illegible]
القسمة كذلك فلا يكون الاشكال والايقاف حتى يصطلحا [illegible] والاحتياط غير لازم ولو نكل عن العين وحلفا على
اغرم القسمة يحتمل مع العين في ايديهما لان بينهما لا مقتضى ان يكون عالما بالعين لكل احد [illegible] وبانكاره حصلت
الحيلولة بين المستحق وحقه فوجب ان يغرم القيمة للمالك سواء في اليمين لم يكن لاحدهما رجحان على الاخر فيجعل العين و
القيمة معا في ايديهما وهل يقسم بينهما بحلفهما [illegible] حتى يصطلحا القولان ويمكن ان يقال هنا بان القسمة بينهما
يتوقف على حلفهما ثانيا على الاستحقاق لان اليمين الاول لم يتناوله وانما اثر في غرم القيمة لهما ولو كان حلفهما ابتداء على الاستحقاق
قسمت العين بينهما فقط وان قال لا ادري لهما او لاحدكما او لغيركما وادعيا عليه العلم فالقول قوله في نفيه كما جاء
تركت في يده الى ان يقوم البينة وليس لاحدهما تحليف الاخر لانهما لم يثبتاها ولا لواحد منهما عليها يد ولا استحقاق
الصورة السابقة ولو نكل عن اليمين فهل يسلمها اليهما مع حلفهما على الاستحقاق ويغرم لهما القيمة لو حلفا على علمه
لانحصار الحق فيهما ظاهرا [illegible] ويحتمل العدم لعدم حصر في اليد الحق فيهما ولم اقف في هذا القسم على شيء
يعتد به واعلم ان في المسئلة [illegible] يشمل القسمين [illegible] الوجهان [illegible] مع اشتباه
التعيين وما [illegible] في الاحتمال [illegible] في الثاني [illegible] بامانة ولم يتعين لهما المالك
الصحيح اليد والحق [illegible] التوهم [illegible] القسم الاول فضلا عن انه كذلك لما ذكرناه من
كونها بيدهما امانة ولم يتعين المالك وقيل انها تنتزع من يده لانحصار الحق فيهما ومطالبتهما اياه وضعف بان المطالبة
المعتبرة للعزل هي التي يجب معها التسليم وهنا ليس كذلك فلا يترتب عليه رفع الامانة والقولان للشيخ [illegible]
المطلقة [illegible] في الحديثة الاخر الى الحاكم وهو القسم الاول احسن **قوله** اذا فرط واختلفا في القيمة فالقول قول
المالك مع يمينه وقيل القول قول الغارم وهو اشبه في القول الاول للشيخ رده عليه بانه بالتفريط خرج من الامانة فلا
يكون قوله مسموعا وقيل انه رواية وضعف بانا لا نقبل قوله من جهة كونه امينا بل من حيث انه منكر للزائد فيكون القول
قوله كان المالك يدعي فيكون عليه البينة عملا بعموم الخبر وهذا حكم لا يختص بالامين بل الحكم معلق بالمنكر في
هذا المعنى لكن فاصبناه لم يثبت على وجه يصلح به الحجة فالختار هو الاقوى وهو الحسنيا والاكثر **قوله** اذا مات المودع
سلمت الوديعة الى الوارث فان كانوا جماعة سلمت الى الكل او الى من يقوم مقامهم ولو سلمها الى البعض من غير اذن ضمن حصص
الباقين والمراد بمن يقوم مقامهم وكيلهم الجميع او وليهم او وصي مورثهم ولو كانوا اطفالا فوليهم الحاكم مع غيبتهم او عدم وجود
ولي خاص ويجب المبادرة الى التسليم المذكور لانها بموت المودع صارت امانة شرعية ولا فرق في وجوب المبادرة بين علم
الورثة بالوديعة وعدمه [illegible] الشيخ الاتيان [illegible] مع غرم الناس وهو حسن
لانه لم يتحقق به قائل منا وان كان القول به ممكنا العدم تحقق الاجماع **كتاب العارية** **قوله** وهي بتشديد الياء كانها
منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب ذكره الجوهري وابن الاثير في نسبة وقيل منسوبة الى العارة وهي مصدر من قولك اعارة
كالجابة الجابة اجابة والطاق الطاقة وطاقة وقيل ماخوذة من عار بعيرا اذا ذهب وجاء [illegible] للبطال عيارا ولتردده في

بطالته

بطالته وقيل ماخوذة من التعاور وهو التناوب [illegible] القوم الشيء بينهم وقال
الخطابي في غريبه ان اللغة العالية العارية وقد تخفف **قوله** وهي عقد ثمرته التبرع بالمنفعة في العقد اسم للايجاب
والقبول وتعليق الثمرة عليه يقتضي ان للقبول مدخلا فيها مع ان التبرع بالمنفعة يتحقق بالايجاب خاصة لان المتبرع انما
بذل العين لا المستفيد ويمكن الجواب بان القبول لما كان شرطا في صحة العارية لم يتحقق الثمرة بدونه وان بذلها المعير فانه
لو تبرع بالعين ووقع الايجاب بدون القبول لم يحصل الثمرة وان حصل التبرع بالمنفعة فالمترتب على العقد هو التبرع على
تقدير وقوع الملائمة بدون القبول وينتقض طرده بالسكنى والعمرى والحبس والوصية بالمنفعة فان هذه كلها عقود ثمرتها
التبرع بالمنفعة ويجاب بالتزامه في معنى العارية وان كانت في معنى العارية وان كانت لازمة وغايته انقسام العارية الى جائزة
ولازمة كالاجارة المرهون وفيه نظر لان هذه العقود في الاصطلاح متباينة مختلفة اللوازم والحكم فادخال بعضها في
بعض تجوز واشار كذا في بعض الحواشي منطلاح مرة ودفع اضيفا الى ذلك قيد الجواز فقيل ثمرته التبرع بالمنفعة مع بقاء
الجواز وهو حسن هنا العقود بقيت السكنى المطلقة فانه يجوز الرجوع فيها متى شاء المسكن كما سيأتي وقد يلتزم فيها
بانها عارية لتحقق المعنى فيها واخذ ولا يقدح الصيغة لان العارية لا تختص بلفظ بل كل ما دل على التسويغ الانتفاع بالعين
تبرعا والسكنى المطلقة يقتضي ذلك لكن سمي العارية اللازمة خارجة فيحتاج ادخالها الى قيد اخر والتزام جواز
الرجوع فيها بالنسبة الى المستعير وان لم يؤثر بالنسبة الى المرتهن ويظهر الفائدة في وجوب السعي على الراهن في تخليصها
بالفك ووجوب المبادرة الى ردها عند الفك على الفور بالمطالبة السابقة ولو قلنا انه لا اثر لها وانها لازمة من طرفه
معا انتفت هذه اللوازم والاولى اليمين بعيد من الصواب اذ لا دليل على انهما بهذا المعنى واعلم ان جعلها عقدا يقتضي
اعتبار الايجاب والقبول اللفظيين لان ذلك هو المفهوم من العقد وان لم ينحصر في لفظ كما هو شان العقود الجائزة وقد
يجوز في القبول ان يطلق على ما يكفي فيه القبول الفعلي كما ذكروه في الوديعة والوكالة ونحوهما لكن سمي الايجاب لا يتحقق العقد
بدون اللفظ به وهذا هو الظاهر من عبارة كثير من الاصحاب لكن صرح في التذكرة بانه لا يشترط فيها اللفظ في الايجاب ولا في
القبول بل يكفي ما يقوم مقامه من الافعال الدالة على الاذن بالرضا محتجا بانه عقد ضعيف لانه يثمر اباحة الانتفاع قال وهي
قد يحصل بغير عقد كما لو حسن ظنه بصديقه كفى في الانتفاع عن العقد وكما في الضيف بخلاف العقود اللازمة فانها
موقوفة على الالفاظ خاصة اعتبرها الشرع انتهى وهو حسن حيث يحصل ما دل على الرضا بغير اللفظ كالكتابة والاشارة اما
مجرد حسن الظن فيكفي في اتلاف كما ذكر لا مطلقا ويمكن الاكتفاء به فيمن يشاء ولثبوت الانحلال بالبيت يكون المنفعة اقل
من الاكل الماذون فيه للدخول بطريق اولى وحيث ان الاكل يستدعي اتلاف العين والانتفاع بالمكان فهو على تقدير وجود مادة من
انما يحدد به في يسيره عرفيته والكم على مخصوصة فلا يدخل فيها الاحكام في اشتغاله بالدخول من حيث المفهوم وما هو
ذلك يدخل في عموم النهي عن تناول اموال الغير والانتفاع به والمرجع في الصديق الى العرف كما ينعدم عن عدم قرينة الكراهة والا
فقد ينتفي الكراهة لكثير مع تحقق الصداقة وقال في التذكرة منع من حرمة يعتمد في ذلك الانتقال العارية الى الفعل بل يكفي قرينة
الاذن بالانتفاع من غير لفظ دال على الاعارة او الاستعارة لا من طرف المعير ولا من طرف المستعير كالحلي ان كان ما يا فدفع اليه
فلبسه تمت العارية وكذا لو فرش لضيفه فراشا او بساطا او مصلى او حصيرا او القى اليه وسادة فجلس عليها او مخدة فاتكأ عليها
كان ذلك اعارة بخلاف لو دخل فجلس على الفرش المبسوطة لانه لم يقصد بها انتفاع شخص بعينه فقضاه بالظاهر وقد قال

بالفاء ثم نقل عن بعض الشافعية الافتقار الى اللفظ قال والاقرب ما تقدم وقد جرت العادة بالانتفاع بظرف الهدية المبعوث
اليه واستعماله كاكل الطعام من القصعة المبعوث بها فانه يكون عارية لانه منتفع بملك الغير باذنه وان لم يوجد اللفظ بدلالة
بل شاهد الحال **قوله** وليس بلازم لاحد المتعاقدين في كون العارية من العقود الجائزة لكل من المتعاقدين فسخها متى شاء من
وما يمكن ان يستثنى منه مواضع الاول الاعارة للرهن بعد وقوعه وقد تقدم الكلام فيه الثاني اعارة الارض للدفن فيها
ومن بحكمه فانه لا يصح الرجوع بعد الدفن وتحريم نبشه وهتك حرمته الى ان يندرس عظامه وهو موضع وفاق ويصح الرجوع
قبل الحفر او بعده وقبل وضع الميت فيه وكذا بعده وقبل مواراته على الاقوى قال في التذكرة ومؤنة الحفر بعد الحفر اذا رجع لازمة
وقيل الدفن لازمة لولي الميت تشكل فيما لو لم يمكنه الدفن الا كذلك او لا تقصير منه فينبغي كونه من مال الميت ولا يلزم ولي الميت
الطم لان الحفر ماذون فيه الثالث اذا حصل بالرجوع ضرر بالمستعير لا يستدرك كما لو اعاره لوحا يرقع به السفينة فرقعها به ثم
لجج في البحر فانه لا يجوز للمعير هنا الرجوع ما دامت في البحر لما فيه من الضرر بالغرق الموجب لهلاك المال او تلف النفس ويحتمل جوازه
ويثبت له المثل او القيمة مع تعذر المثل لما فيه من الضرر بالغرق الموجب لهلاك المال او تلف النفس ويحتمل جوازه ويثبت له المثل
او القيمة مع تعذر المثل لما فيه من الجمع بين المصلحتين او يقال بجواز الرجوع وان لم يجب تعجيل التسليم اليه وتظهر الفائدة في
وجوب المبادرة بالرد بعد زوال الضرر من غير مطالبة جديدة كما تقدم في الاستعارة للرهن ولو لم يدخل السفينة البحر او
خرجت جاز الرجوع مطلقا ولو كانت داخلة رجع بها الى الشاطئ وجب اذا لم يتوجه على صاحبها ضرر الرابع ان يعيره حائطا
ليضع عليه اطراف خشبه مع كون الطرف الاخر مثبتا في ملك المستعير فانه اذا ابى فاذن الرجوع الى خراب ما بناه المستعير
لم يجز عند الشيخ وان دفع الارش لانه يؤدي الى قلع جذوعه من ملكه جبرا وهو غير جائز الخامس ان يعيره الارض للزرع
فزرع فليس له الرجوع بها قبل ادراكه وان دفع الارش لان له وقتا ينتهي اليه وقد تقدم عليه في ابتداء الاعارة عند الشيخ
وابن ادريس السادس ان يعيره الارض ليبني فيها او يغرس مدة معلومة فانه لا يجوز الرجوع فيها طول المدة ولو كانت غير
موقتة فله الرجوع وهو مذهب ابن الجنيد والاقوى في هذه الثلاثة جواز الرجوع مطلقا مع دفع الارش وانما يستثنى من الفاعل
الثلاثة الاول خاصة وسيأتي ذكر بعضها في كلام المصنف وكانه ترك الاستثناء هنا اتكالا على ما علم **قوله** فلا يصح اعارة الصبي
ولا المجنون ولو اذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة قد تقدم في البيع ان عقد الصبي لا عبرة به ولو اذن له الولي وانما جاز
هنا لان العارية لما كانت جائزة ولا يختص بلفظ بل يجوز ما دل على رضا المعير وهو هنا الولي كان اذنه للصبي بمنزلة الايجاب فالعبرة
حينئذ باذنه لا بعبارة الصبي وعلى هذا فلا فرق بين المميز وغيره وينبغي ان يكون المجنون كذلك لاشتراكهما في الوجه فلا وجه لتخصيص
الصبي بعد ذكرهما والمراد بالمعار هنا ملك الصبي لما ذكره لاعتبار مراعاة المصلحة وتحقق المصلحة بكون يد المستعير احفظ من يد الولي
في ذلك الوقت لخوف ونحوه او لانتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن المنفعة او لكون العين ينفعها الاستعمال ونحو ذلك مما ذكره
ونحو ذلك **قوله** وكما لا يليها عن نفسه كذا لا يعيرها ولا ينوب عن غيره في هذا اذا لم يعلم المستعير بكون المالك قد اذن للصبي في
الاعارة والا فينبغي جوازه ولا ينوب عن غيره ما سبق بمعنى ان العبرة باذن المالك فلا وجه لعدم الحكمين المتغايرين ولو كان
الطلاق منع توليته عن غيره حينئذ من حيث انه تولى **قوله** وله الانتفاع بما جرت العادة به في الانتفاع بالمعار في المرجع في
العادة الى نوع الانتفاع وقدره وصفته فلو اعاره بساطا اقتضى الاطلاق فرشه ونحوه من الوجوه المعتادة او لحافا اقتضى
حمله غطاء فلا يجوز فرشه لعدم جريان العادة بذلك وهيمن الحمل اقتضى تحميله قد جرت العادة بكونه محمله فلا يجوز

الزيادة

الزيادة وان ساوى شانه الركوب فلا يجوز تحميلها وعلى هذا القياس ولو تعدت منفعة العين فان عين نوعا تعين وان عمم
جاز الانتفاع بجميع وجوهها وان اطلق فالاقوى انه كذلك **قوله** ولو نقص من العين شيء او تلفت بالاستعمال من غير تعد لم
يضمن الا ان يشترط ذلك في العارية لما كان الاطلاق الاذن او تعميمه يقتضي الانتفاع بالعين من غير تقييد بالقليل و
الكثير اقتضى ذلك الجواز استعمالها وان نقصت كالثوب يبلى والدابة تضعف على وجه لا يمنع منه فاذا اوجب حصول النقص
في العين او تلفها يكون المنقص ما استنا الى التلف الماذون فيه ولو من جهة الاطلاق وما قطع به المصنف هو اصح القولين في المسئلة
وفيه وجه اخر هو ضمان المتلف في اخر حالات التقويم لان الاذن عدم [illegible] الاذن للاستعمال المتلف وان كان داخلا في
الاطلاق نعم لو كان قد شرط الضمان في العارية ضمن وسيأتي الكلام فيه **قوله** ولا يجوز للمحرم ان يستعير من محل صيدا
لانه ليس له امساكه ولو امسكه ضمنه وان لم يشترط عليه لا شبهة في جواز استعارة المحرم الصيد من المحل لما
ذكره المصنف من تحريم امساكه عليه فلو استعاره تعين العارية فهل يقع العقد فاسدا يحتمله للنهي وعدمه لان المعاملات
لا يبطلها النهي الا بدليل خارج وعبارة المصنف وغيره لا تدل على احد الامرين صريحا لان عدم الجواز اعم من الفساد اذا كان
فعل تقدير فيضمنه لان رده على المالك لم يلزمه الفداء تعين وبقي من حق المالك وان تلف بجنايته فلا شبهة في ضمانه لله
تعالى لانه ثابت عليه بمجرد الامساك كما في الصيد الذي ليس مملوكا حتى لو كان الصيد محرما انما فعل كل واحد منهما فداء
ومقتضى عبارة المصنف وجماعة انه يضمنه مع التلف للمالك ايضا بالقيمة لانهم جعلوه من العواري المضمونة وان لم يشترط
فيها الضمان ووليله غير واضح لانه مجرد تحريم استعارته لا يدل على الضمان سواء قلنا بفساد العقد ام بصحته اما مع صحته فلان
في العارية عند نا ان يكون غير مضمونة الا ان يدل دليل عليه ولم يذكروا هنا دليلا يعتمد عليه واما مع فسادها فلان
حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان وعدمه كما اسلفناه في مواضع قاعدة كلية ويمكن الاستدلال على ضمانه باطلاق
النصوص ان المحرم لو اتلف صيدا مملوكا ضمنه فداؤه لله ولمالكه قيمته فيدخل فيه صورة النزاع وفيه نظر لمعارضته بالنص الصحيح الدال
على ان العارية غير مضمونة فكما يمكن تخصيص الاول بالصيد الماخوذ بغير اذن المالك يمكن تخصيص الثاني بغير الصيد فالترجيح
غير واضح ويؤيده في كرة ان المحرم اذا اتصل من المالك وجب عليه ارساله وضمن للمالك قيمته وانه ان رده على المالك ضمن لله
تعالى الفداء وسقط عنه القيمة للمالك ووجه الحكم الاول انه صيد وحكمه بالنسبة الى المحرم وجوب الارسال لكن ذلك في
المملوك موضع اشكال لتعارض حق الله تعالى فيه وحق الادمي والقاعدة المعروفة في ذلك تقديم حق الادمي فينبغي رده على
مالكه وضمان الفداء لله تعالى كما ذكرناه ثانيا **قوله** ولو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل جاز لان ملك المحرم زال عنه
بالاحرام كما يأخذ من الصيد ما ليس [illegible] اذا حكم بزوال ملك المحرم عن الصيد صار في يده بمنزلة الاجنبي فاطلاق الجواز على اعارته يشكل
من ثلاثة وجوه الاول ان الاعارة شرطها كون المعار ملكا للمعير وهو هنا منتف لما ذكره من زوال ملكه عنه الثاني
ان تسليمه المحل اعانة على الصيد واثبات سلطنة للمعير عليه وهو محرم على المحرم فلا يناسبه اثبات الجواز الثالث ان لولا
انه كان محرما على المحرم محرم فيتولى من المحل الاعانة له على الاثم والعدوان المنهي عنه في القران وان كان المحل تناول الصيد
ذلك في الاخرى الحكم بتحريم الاعارة المذكورة اعني اثبات صورتها وان كان المالك غير متحقق ويحرم اخذ المحل له من يد المحرم
على المحرم لكن لو فعل ذلك لم يلزم المحل سوى الاثم ولا شيء على المحرم عليه لزوال ملكه وعلى المحرم الفداء لو تلف في يد المحل لتعديه
بالاعارة وانه كان يجب عليه الارسال فوصل المعارة تساهل والتفات الاشكال في الحكم **قوله** ولو استعاره من الغاصب وهو

بعلم كان الضمان على الغاصب وللمالك الزام المستعير بما استوفاه من المنفعة ويرجع على الغاصب لانه اذن له في استيفائها بغير عوض
والوجه تعلق الضمان بالغاصب وكذا لو تلفت العين في يد المستعير فالمستعير من الغاصب يده يد ضمان كما في كل من ترتبت يده
على يد الغاصب سواء كان عالما بالغصب ام جاهلا على اصح القولين في المسألة لكن مع جهل المستعير له الرجوع بما غرمه المالك لدخوله على
ان تكون العين والمنفعة غير مضمونة ويستثنى منه ما اذا كانت العارية مضمونة فانه لا يرجع على الغاصب بالقيمة لو تلفت
في يده ويرجع باجرة المنفعة اذا اخذها منه المالك وكذلك يرجع بعوض النقص قبل التلف لانه غير مضمون عليه وان
كانت مضمونة كما سيأتي ووجه ما اختاره المصنف من اختصاص الضمان بالغاصب حيث لا تكون العارية مضمونة ان المستعير مع
ضعف مباشرته فكان السبب اقوى والمشهور الاول والحاصل ان المالك مخير في الرجوع على كل منهما فان رجع على المستعير
رجع على الغاصب ان لم تكن العارية مضمونة والا رجع عليه بما قدم على ضمانه [illegible]
استحقاق العين او وجب فساد العارية فلا يكون مضمونة [illegible] مع الغصب يرجع على من غره [illegible]
في الغصب لا مدخل له هنا في الضمان لانه لم يضمنه من حيث الغصب بل من حيث كون العارية مضمونة ودخوله على ذلك فان
فساده [illegible] حكم الفاسد والصحيح كما سلف من القاعدة وان رجع المالك على الغاصب لم يرجع على المستعير ان لم يكن مضمونة وان
رجع عليه بما كان يضمنه لو كانت صحيحة ولا فرق في ذلك كله بين المنفعة والاجزاء والعين [illegible] رجوع المستعير على
الغاصب مع اختصاص الضمان به [illegible] بل كان عليه ان يستثني العارية المضمونة **قوله** اما لو كان عالما كان ضامنا ولم
يرجع على الغاصب ولو اغرم الغاصب رجع على المستعير اذ كان المستعير من الغاصب عالما بالغصب فهو بمنزلة الغاصب في
جميع الاحكام ومن حكم ترتب ايدي الغاصبين على المال ان المالك مخير في الرجوع على ايهما شاء ويستقر الضمان على من تلفت
العين في يده هذا اذا تساوت قيمتها في ايديهما او زادت في يد المستعير اما لو اختص الغاصب بزيادة فيها ثم ذهبت قبل
قبض المستعير اختص بضمان الزائد لاختصاصه بغصبه ولا يرجع به المالك على المستعير ولا يرجع به الغاصب عليه لو رجع
عليه ابتداء **قوله** وهي كل ما يصح الانتفاع به مع بقائه يعتبر في هذا الحكم [illegible] الاصل او الغالب لا في [illegible] لجواز اعارة المنحة
والمستوفى منها اعيان لا منافع كالصوف والشعر واللبن **قوله** ويقتصر المستعير على القدر المأذون فيه [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

وجه الفرق بين النهي عن التخطي وبين الاطلاق فاوجب الاجرة كما مع النهي واسقط التفاوت مع الاطلاق [illegible]
لان التخطي في الاول غير مأذون فيه بالكلية [illegible] النهي [illegible] الاخرى [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] **قوله** والمكروه وان كان المستعير اجنبيا [illegible]
في جواز اعارة الجارية للخدمة سواء كانت حسناء ام قبيحة وسواء كان المستعير اجنبيا ام محرما لكن يكره اعارتها للاجنبي
[illegible] الشافعي [illegible]
كبيرة [illegible] **قوله** ويجوز استعارة الشاة للحلب
وهي المنحة [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] **قوله** [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
قوله ولو اذن له في البناء او الغرس [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] **قوله**
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

جمعا بين الحقين [illegible] الرجوع في العارية [illegible]
منفعة الارض [illegible] الاجرة [illegible] الارش [illegible]
[illegible]
[illegible]
في جميع ما تقدم [illegible]
من جملة الصور [illegible]
[illegible]
الى القلع [illegible]
[illegible]
[illegible]
من غير ان [illegible]
[illegible]
اجابة المستعير [illegible]
او يجب على المستعير الاجابة [illegible]
بغير رضاه **قوله** [illegible]
[illegible]
[illegible]
المنع لانه [illegible] **قوله** [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
وتعين المنفعة [illegible]
[illegible]
من متعلقات [illegible]
[illegible]
كما ذكرناه [illegible]
والانتفاع [illegible]
[illegible]

لسقي الشجر [illegible]
من [illegible]
للمعير دخول الارض [illegible]
[illegible]
[illegible] **تنبيه** [illegible]
[illegible]
[illegible] **قوله** ولو اعاره حائطا [illegible]
ان يكون [illegible]
هذا الحكم ذكره الشيخ [illegible]
[illegible]
[illegible]
فاذا توقف [illegible]
[illegible]
المستعير **قوله** ولو اذن له في غرس شجرة فانقلعت جاز ان يغرس غيرها [illegible]
[illegible]
[illegible]
في غيره [illegible] **قوله** ولا يجوز
اعارة العين المستعارة الا باذن المالك ولا اجارتها لان المنافع ليست مملوكة للمستعير وان كان له استيفاؤها
اي لان شرط المعير ان يكون مالكا للمنفعة [illegible]
المستعير [illegible]
الوكيل [illegible]
الرجوع [illegible]
[illegible]
ان رجع على المستعير [illegible]
الغاصب [illegible]
الغاصب [illegible]
فقد [illegible] **قوله** العارية امانة
لا تضمن الا بالتفريط في الحفظ او التعدي او اشتراط الضمان [illegible]
النص [illegible] **الاول** التعدي والتفريط في الحفظ وقد كان [illegible]

على استثنائه لان معنى عدم ضمان الامانة في كل موضع انها لو تلفت بيده لم يضمن والامر سهل قوله العارية من غير المالك والكلام
في استثنائها كما مر فان المغصوب الحقيقة لا عارية ولكنها بصورة العارية فالحق واعلم بها اللفظ قوله عارية الصيد المحرم فانه
اسا كره اجرام فيكون متعديا وضامنا وهذا ظاهر بالنسبة الى حق الله تعالى اما بالنسبة الى حق المالك فقد يشكل بانه قوله عارية
الذهب والفضة الا ان يشترط سقوطه وسيأتي الكلام فيه قوله او اشترط ضمانها وهو صحيح بالنص والاجماع قوله عارية الحيوان
قال ابن الجنيد حكمها يكون مضمونا استنادا الى رواية تمنع منعها من العمل بها والاقوى انه كغيره مما لا يضمن الا بالشرط والتفريط
بذلك انه لا يستثنى الا استثناء المضاف او التفريط وذلك فالعارية بالنسبة الى الضمان وعدمه مع الشرط وعدمه
اربعة اقسام احدها ما يضمن وان اشترط عدم الضمان وهو الثلاثة الاول من الصور المستثناة ويحتمل في اسقاطه الا
لانه في قوة اذن المالك في الاتلاف مجانا فلا يستحق الضمان اما الاخريان فالامر فيهما واضح لان اسقاط غير المالك
الضمان لمال الغير لا عبرة به وكذا اسقاط الضمان عن المحرم لانه ثابت عليه من عند الله تعالى للجناية وكونه صيد الا اباحة
كونه مملوكا وثانيها ما لا يكون مضمونا وان اشترط الضمان وهو استعارة المحل الصيد من المحرم وقد يقدم تسمية المحرم للاستعارة
وثالثها ما يكون مضمونا الا ان شرط عدم الضمان وهو استعارة الذهب والفضة ورابعها ما لا يكون مضمونا الا ان يشترط الضمان
وهو باقي اقسامها قوله ويضمن او كانت ذهبا او فضة وان لم يشترط الا ان يشترط سقوط الضمان هذه احدى الصور التي تضمن
فيها العارية من غير شرط بل هي المفرد الاظهر كما تقرر ومستند الحكم النصوص الواردة من اهل البيت [illegible]
[illegible]

141 [illegible]

142 [illegible]

يدعي الزائد من الاجرة عن اجرة المثل على تقدير كون المسمى اكثر والراكب ينفيه فلا بد من وجه شرعي يقتضي نفيه ويحلف على نفي
ما يدعيه المالك على نفي الاجارة كما لو بدا على اثباتها ونفيا اثبات اقل الامرين باليمين مسلم لكن يبقى النزاع في الزائد على تقدير ان لا
يندفع الا بحلف الراكب على نفي الاجارة او نكوله فيحلف المالك على الاجارة ويأخذ الزيادة ومن ثم ذهب العلامة في التحرير
والشهيد في بعض تحقيقاته وتبعهما جماعة الى انهما يتحالفان لان كلا منهما مدع ومدعى عليه فيحلف المالك على نفي ما يدعيه
الراكب من الاعارة ويحلف الراكب على نفي ما يدعيه المالك من الاجارة ويثبت اقل الامرين لانتفاء الزائد من المسمى في
المستعير وانتفاء الزائد من اجرة المثل باعتراف المالك وهذا هو الاقوى وللشيخ قول خامس وهو القرعة بناء على انه امر
مشكل وضعفه بانه لا اشتباه مع القاعدة المتفق عليها من حكم المدعي والمنكر هذا كله اذا وقع الاختلاف بعد انقضاء مدة
يدعي المالك بها مدة الاجارة او مضي مدة لمثلها اجرة عادة اما لو وقع الاختلاف قبل ذلك فحكمه ما سنذكره ولا فرق
بين ان يكون هذا النزاع مع بقاء العين وتلفها لانها ان كانت باقية ردها الى المالك وثبت الاقل من
الاجرتين او من اجرة المثل وقسط المسمى لو كان في اثناء المدة وبطلت الاجارة في الباقي ان كان ولو اتفقا على
نفي الاعارة حين انتزاع العين نظر من انكار المستعير الاعارة واذن المالك على وجه التبرع وقد اتفق باتكاره فيحلف ومن
اعتراف المالك بعدم استحقاقه عليه الا ان تنقضي المدة التي يدعيها وهذا ما يؤيد القول بالتحالف في هذا النزاع
اخر لم يحرر من يمين المالك كالنزاع في الزائد من المسمى وان كانت العين تالفة فحكم الاجرة ما ذكر واما العين فان كانت
امانة كما لو كانت الاعارة التي يدعيها الراكب غير مضمونة فلا شيء على الراكب اتفاقا لما علم انها في يده امانة اما الاجارة او
الاعارة وان كانت مضمونة فمدعي الاعارة يعترف بثبوت القيمة في ذمته والمالك ينكره لا لعدم اقتضاء الاعارة الضمان
فيتوقف الى ان يتفقا عليه قوله ولو كان الاختلاف عقيب العقد من غير انتفاع كان القول قول الراكب لان المالك يدعي
عقدا وهذا ينكره هذا التعليل انما يلائم في الاول فلا بد من اقرانه بامر اخر وهو ان المالك لا يدعي على منكر الاعارة
شيئا من عوض المنافع وانما يدعي ثبوت الاجارة ووجوب الاجرة في ذمته وان كان قبل الاستيفاء والاخر ينكرهما فيقدم
قوله لاصالة البراءة ذمته من تعلق الاجارة وعليه بها ما لو الدعوى عليها محضة للمالك فيقدم قول مدعي الاجارة ويرد
العين قوله اذا استعار شيئا لينتفع به في شيء فانتفع به في غيره ضمن وان كان للاجرة لزمته اجرة مثله وجه الضمان
ظاهر لتعديه في العين حيث انتفع بها في غير الماذون فيكون غاصبا ضامنا لها وتلزمه اجرة المثل لذلك العمل لو توجه عليه لان المالك لم يأذن
منه مقدار تفاوت الماذون لانه لم يستوف تلك المنفعة فكانه استوفى حقه ما يملكه وانتفع بما لم يملكه ولو قدر من كون
المنفعة التي استوفاها اشق من الماذون فيها او مساويه او ادنى او كانت مخالفة لها في الجنس فلو تعقبا في الجنس كانواع
الزرع ففيه ما مر من الاشكال قوله اذا جحد العارية بطل استيمانه ولزمه الضمان مع ثبوت الاعارة والقول في جحود
العارية كالقول في جحود الوديعة حكما وشرائط فراجعه ثم وسبب الضمان الجحود لانه يتضمن التعدي قوله اذا ادعى التلف
فالقول قوله مع يمينه واذا ادعى الرد فالقول قول المالك مع يمينه اما الاول فلانه وان كان مدعيا ما يخالف الاصل
يمكن صدقه فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس وقد تقدم نظيره وما يرد عليه في ابواب الامانات واما الثاني فلان الاصل عدم
الرد فيكون القول قول منكره وهو المالك ولان المستعير قبض لمصلحة نفسه وبذلك فارق الودعي لانه انما قبض لمصلحة المالك
محضا وما على المحسنين من سبيل واعلم ان هذه العلة قوية فلذلك يرد الا ان في ابواب ... المستامين الا انها يتقوم قوله قول

الوكيل

الوكيل في الرد لو كان بغير جعل وهو مشكل لما تقدم للاصل وكون هذه العلة ليست مقتضية لما هي مناسبة قوله لو فرط في العارية
كان عليه قيمتها عند التلف اذا لم يكن لها مثل وقيل اعلى القيم من حين التفريط الى حين التلف والاول اشبه وجه الاول
ان الواجب على المستعير مع بقاء العين ردها دون القيمة وانما ينتقل الى القيمة مع التلف فتعتبر القيمة وقت التلف
هذا هو الاقوى ووجه الثاني ان العين لما كانت مضمونة في كل واحد من القيم المتعددة في وقت كونها مضمونة
اذ معنى ضمان العين كونها لو تلفت ضمن قيمتها وهو حاصل في جميع الوقت فيضمن اعلى القيم لا تحول الباقي فيها موضع
الخلاف لو كان الاختلاف بسبب السوق اما لو كانت بسبب نقص في العين فلا اشكال في ضمانه لان ضمان العين يقتضي ضمان
اجزائها وفي المسئلة قول ثالث وهو ان المعتبر بينهما وقت الضمان لتعلقها بالذمة على تقدير التلف وقد تقدم الكلام
في هذه المسئلة غير مرة قوله ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المستعير وقيل قول المالك والاول اشبه اي
اختلفا في قيمة المستعار على تقدير تلفه بتفريط او كونه مضمونا بامر اخر فالقول قول المستعير لانه منكر للزائد فيحلف
عموم الخبر وقال الشيخ وجماعة قول المالك لخروج المستعير عن الامانة بتضمينها على تقدير التفريط فلا تقبل قوله والاقوى
الاول لانه يقبل قوله من حيث كونه منكرا لا من حيث كونه امينا

كتاب الاجارة

قوله الاجارة من الالفاظ المنقولة من
موضوعها اللغوي الى الشرع لانها في الشرع عبارة عن تمليك المنفعة خاصة بعوض معلوم لازم لماهيتها او العقد المفيد لذلك
على ما تقدم سابقا وهي في اللغة اسم للاجرة وهي كرا الاجير لا مصدر اجر يأجر فان مصدره الاجر بخلاف باقي العقود فانه
يعبر عنه بمصدر الفعل او باسم المصدر ولا ينفك عن موضوعه الا بشرط زائد ويعبر بها او المطابق لغيرها التعبير
بالايجار لكنها قد اشتهرت في هذا اللفظ على وجه لا يرتاب في تحقق النقل او لاشتهار وغيره قوله هو العقد ثمرته تمليك
المنفعة بعوض معلوم وعدل المصنف عن تعريف الاجارة بذكر ما يفيد فائدة التعريف مع سلامته مما يرد على التعريف اذ لو قال هي عقد
ثمرته تمليك المنفعة كما عرفه بعضهم لا ينتقض طرده بالصلح على المنافع بعوض معلوم وبهبتها مع شرط العوض واما
جعل المصنف ذلك ثمرة هذا العقد فلا ينافي كونه ثمرة عقد اخر لكن يبقى فيه ان تمليك المنفعة المذكورة ليس ثمرة العقد بل
ثمرة الايجاب لان الموجب هو المملك لا المستاجر فان التمليك مصدر ملك حالة كونه بدلا لا ملك او تملك لان مصدرها الملك
والتملك ويمكن اندفاعه بان الايجاب لما كان جزء السبب المفيد للتمليك نسبت الثمرة اليهما فان التمليك وان وقع من الموجب خاصة
الا انه لا يتم ثمرته بانفراده بل لا بد من مصاحبته لبقية الشرائط وعدها مما يتوقف عليه الصحة قوله والعبارة الصريحة
عن الايجاب اجرتك ولا يكفي ملكتك اما لو قال ملكتك سكنى هذه الدار سنة مثلا صح لما كانت الاجارة من العقود اللازمة
وجب انحصار لفظها في الالفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة والصريح في الايجاب منها اجرتك واكريتك اما الاول فقد
تقدم الكلام فيه واما الثانية فهي من الالفاظ المستعملة ايضا لغة وشرعا في الاجارة يقال اكريت الدار فهي مكراة ويقال
اكريت واستكريت وتكاريت بمعنى ومنه المكاري لانه يكري دابته ونفسه واما التمليك فيفيد نقل ما تعلق به فاذا
ورد على الاعيان افاد نقل ملكها وليس ذلك مورد الاجارة لان العين تبقى على ملك الموجر بل لو اراد استعماله في مقام الاجارة
تعين اضافته الى المنافع لان التمليك في الاجارة بالعوض انما هو للمنفعة لا العين ولا يقع من صحيح الايجاب بتلك بلفظ كما
يقول ملكتك منفعة هذه الدار مدة كذا مثلا بكذا اما لو عبر في الايجاب بلفظ اجرتك واكريتك فانه انما يورد على العين
فلو اورده على المنفعة بان قال اجرتك منفعة هذه الدار مثلا لم يصح فان فيه خلافا وللتنبيه واما القبول فيصلح كل لفظ يدل

على الرضا بالايجاب كقبلت واستاجرت واكتريت واستكريت كما سبق ولو تقدم القبول على الايجاب صح بما علم الاول قوله وكذا
اعرتك لتحقق القصد الى المنفعة والمشهور سابقا المشار اليه بما هو الحكم بالصحة او قال اعرتك سكنى هذه السنة اي وكذا
يصح لو قال اعرتك هذه الدار سنة بكذا ووجه الحق ما اشار اليه بقوله لتحقق القصد الى المنفعة والمراد ان الاعارة لما كانت
لا تقتضي ملك المستعير للعين وانما يفيد تسليطه على المنفعة وملكه لاستيفائها كان اطلاقها بمنزلة تمليك المنفعة فيصح
اقامتها مقام الاجارة كما يصح ذلك بلفظ الملك والحق ان العارية انما تقتضي اباحة المنفعة لا تمليكها والعوض لا يدخل في ماهيتها
بخلاف التمليك فانه يجامع العوض ولا يخفى ان التجوز بمثل ذلك خروج عن مقتضى العقود اللازمة قوله ولو قال بعتك هذه
الدار ونوى الاجارة لم يصح وكذا لو قال بعتك سكناها سنة لاختصاص لفظ البيع بنقل الاعيان وفيه تردد ووجه المنع
من ان البيع موضوع لنقل الاعيان والمنافع تابعة لها فلا يثمر الملك لو تجوز به في نقل المنافع منفردة وان نوى الاجارة
وذكره انه مجاز لانه نسبه الى العلامة او لكون المجاز فيه يرجح المنع اقرب ووجه تردد المصنف مما ذكر من انه بالتصريح بارادة
نقل المنفعة مع ان البيع يفيد نقلها ايضا مع الاعيان وان كان بالتبع ناسب ان يقوم مقام الاجارة اذ القصد حاصل والاقوى المنع
قوله والاجارة عقد لازم لا تبطل الا بالتقايل او باحد الاسباب المقتضية للفسخ في لزوم عقد الاجارة موضع
وفاق وعموم الامر بالوفاء بالعقود يتناوله ولم يخرج منه الا ما دل الدليل عليه من عقود المعاوضات واما الاسباب المقتضية للفسخ
فيأتي تفصيلها ان شاء الله قوله ولا تبطل بالبيع لعدم المنافاة فان الاجارة يتعلق بالمنافع والبيع بالعين والمنافع تابعة
لكن ان كان المشتري عالما بالاجارة تعين عليه الصبر الى انقضاء المدة فان كان جاهلا تخير بين فسخ البيع وامضائه
مجانا مسلوب المنفعة الى اخر المدة لان الجزء الذي لا يقدر على انتقاده واستلم والانتفاع نظرا الى الغالب حكمي
المستاجر بعد البيع لحدوث عيب ونحوه عادت المنفعة الى البائع لا الى المشتري ولو كان المشتري هو المستاجر صح البيع وفي
انفساخ الاجارة وجهان احدهما بقاؤها فيجتمع عليه الثمن والاجرة والثاني الانفساخ لان ملك العين يستدعي ملك
المنافع لانها نماؤه في الملك وضعف بان العين انما تستتبع المنافع اذا لم يسبق ملكها بسبب اخر قوله ولا العذر مهما كان
الانتفاع ممكنا اي الانتفاع الذي تضمنه عقد الاجارة بالتعيين او الاطلاق فلا عبرة بامكان الانتفاع بغير المعين كما لو
استاجر الارض للزراعة فغرقت ولكن الانتفاع بها بغيرها فان ذلك كتلف العين وعدم منع العذر الانتفاع لا يتم مع بقاء
جميع المنفعة المشروطة وبعضها وعدم البطلان حاصل على التقديرين لكن مع حصول الانتفاع في بعضها يتخير المستاجر بين الفسخ
والامساك بتمام الاجرة قوله وهل تبطل بالموت المشهور بين الاصحاب نعم وقيل لا تبطل بموت الموجر وتبطل بموت المستاجر
وقال اخرون لا تبطل بموت احدهما وهو الاشبه القول الاول للشيخ رحمه الله واتباعه والثاني للمفيد وعليه المتاخرون فان
الاجارة من العقود اللازمة ومن شانها ان لا تبطل بالموت ولعموم الامر بالوفاء بالعقود وللاستصحاب نعم يستثنى من ذلك مواضع
تبطل فيها الاجارة بالموت احدها لو شرط على المستاجر استيفاء المنفعة بنفسه فانها تبطل بموته وثانيها ان يكون الموجر موقوفا
عليه فيوجر ثم يموت قبل انتهاء المدة فانها تبطل بموته ايضا الا ان يكون ناظرا على الوقف ولجره بالنسبة الى مصلحة الوقف بالنسبة
الى البطون او الى الجميع فلا تبطل بموته لكون التصرف ليس من حيث انه موقوف عليه بل من حيث انه ناظر وثالثها الموصى له
بالمنفعة مدة حيوته لو اجرها مدة ومات في اثنائها فانها تبطل ايضا لانتهاء استحقاقه قوله وكل ما صح اعارته صح اجارته
اي كل ما صح اعارته من الاعيان المملوكة والمنفعة فانه يصح اجارته ولا يصح جعلها الكون حكمها ليس ثابتا يجب الاصل الى القلة الطرفين

فها بقي

ما بقي نتفاضل المستعار لصحة الانتفاع به مع بقاء عينه وهي ليست كذلك فحكمها مخالف للاصل اولا والكلية بحسب الغالب قوله
واجارة المشاع جائزة كالمقسوم لانه لا مانع منه باعتبار عدم القسمة لامكان تسليمه واستيفاء منفعته بموافقة الشريك
ولا فرق بين ان يؤجره من شريكه وغيره وهو موضع وفاق وخالف فيه بعض العامة فمنع من اجارته لغير الشريك قوله
والعين المستاجرة امانة لا يضمنها المستاجر الا بتعد او تفريط ولا فرق في ذلك بين مدة الاجارة وبعدها قبل طلب المالك
لها وبعده في اثناء الرد بحيث لم يؤخره اما كونها امانة في المدة فظ لانها مقبوضة باذن المالك لحق القابض واما بعدها فلانه
لا يجب على المستاجر رد العين الى الموجر ولا مؤنته وانما يجب عليه التخلية بين المالك وبينها كالوديعة لاصالة البراءة من
وجوب الرد لانها امانة قبل انقضاء المدة فيستصحب ولا يجب رفع الاسعد الطالبة والواجب بعدها تمكينه منها كغيرها من الامانات
وخالف في ذلك جماعة منهم الشيخ وابن الجنيد فحكما بعد المدة بغير اذن فيضمنها ويجب عليه مؤنة الرد وتردد العلامة في
التحرير في عدم الضمان وعدم وجوب الرد قوله وفي اشتراط ضمانها من غير ذلك تردد اظهره المنع اي اشتراط ضمانها
مع التلف من غير تعد ولا تفريط منع صحة الشرط والعقد تردد من عموم المؤمنون عند شروطهم ومن مخالفة الشرط لمقتضى الاجارة
فيفسد ثم على تقدير فساده هل يفسد العقد في الفاقد لان تقدم نظيرها في مواضع والاقوى بطلانهما معا لبقاء الشرط
ولا يصح بالعقد الابد قوله وليس في الاجارة خيار المجلس ولو شرط الخيار لهما او لاحدهما جاز سواء كانت معينة او لا لان خيار
المجلس مختص بالبيع عندنا خلافا لبعض العامة مع الاطلاق ولو شرط فقد صحت ولاحدهما ثم اختاره في المبسوط لعموم المؤمنون عند
شروطهم ويشكل بانه شرط مجهول لان المجلس يختلف بالزيادة والنقصان وانما يقدح في البيع لانه ثابت فيه بالنص نعم لو
ضبطه بمدة معلومة الا انه يخرج عن موضع خيار المجلس ويصير خيار الشرط مقيدا بالمجلس ولا شبهة في جوازه لعموم الخبر حينئذ
شرطه لهما او لاحدهما او لاجنبي وسواء كانت معينة كان يستاجر هذه العين ام كان موردها الذمة كان يستاجره لعمل مطلق
غير مقيد بشخص كبناء حائط لعموم الخبر في الجميع ونبه بقوله سواء كانت معينة او لا على خلاف بعض العامة حيث جوز خيار
الشرط في المطلقة لا المعينة وصححهما قوله وكذا المبيع الاان يوجر ولو باذن وليه وغيره تردد وقد تقدم الكلام في نظير هذه وان
الاقوى البطلان مط لان عبارته مسلوبة بالاصل فلا يصححها الاذن ولا الاجازة لو وقع الصلح عنه وهو يقتضي عدم الانعقاد
لعبارته شرعا في حال اذن الولي لانها صدرت الناقص كاملا ثم يوثر في الكامل المجوز عليه بسبب من مضي كالسفه قوله ان يكون الاجرة
معلومة بالوزن او الكيل الى قوله وهو قيل يكفي المشاهدة وهو حسن ووجه الحسن انتفاء معظم الغرر بالمشاهدة والمسالة اقرب ومع
احتياط جماعة منهم الشيخ والمرتضى والاقوى المنع لانها معاوضة لازمة مبنية على المغابنة والمكايسة فلا بد فيها من نفي الغرر
عن العوضين وقد ثبت من الشارع اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون في البيع وعدم الاكتفاء بالمشاهدة وكذا في
الاجارة لاتحاد طريق المسلكين ولنهي النبي عن الغرر وهو شامل لصورة النزاع وشمل اطلاق العدد قوله وتملك
الاجرة بنفس العقد لان المعاوضة اقتضت انتقال المال في كل من العوضين الى الاخر والاجارة من العقود اللازمة
موصل لانتقال الملك في العوضين بمجرد العقد كالبيع لكن لا يجب تسليم الاجرة الا بتسليم العين المؤجرة او بالعمل ان كانت
الاجارة على عمل حتى لو كان المستاجر وصيا لم يجز له التسليم قبله الا لجمع مع الاذن صريحا او شاهد الحال ولو فرض توقف
الفعل على الاجرة كالحج واستنع المستاجر من التسليم فالظاهر جوازه في الخبر قوله ولا يجب تعجيلها مع الاطلاق وتجب مع اشتراط
التعجيل فالمراد بتعجيلها مع الاطلاق في اول اوقات وجوبه فيها وهو تمام العمل او تسليم العين المؤجرة لان تسليم احد

احد العوضين تسلط على المطالبة بالاجرة بمقتضى المعاوضة الموجبة للملك واما مع اشتراط التعجيل فاولى وفائدة الشرط مع ان
الاطلاق يقتضيه مجرد التاكيد وقد يفيد فائدة اخرى وهو تسلط الموجر على الفسخ لو شرط التعجيل في مدة مخصوصة فاخل به
كذا لو شرط القبض قبل العمل او قبل تسليم العين الموجرة … فالعموم الخبر **قوله** ولو شرط التاجيل صح بشرط ان
يكون معلوما وكذا لو شرطها في نجوم اذا اشترط المستاجر تاجيل الاجرة الى مدة … لا يطالب بها وان تسلم العين الموجرة الى
الامد او شرط ذلك على الوجه … بشرط كون الاجل مضبوطا بما لا يحتمل الزيادة والنقصان …
ولا فرق بين المتحد كشهر والمتعدد بان يجعلها نجوما … وكذا الامر في ذلك
الاجارة الواردة على معين … والمطلقة الواردة على الذمة لعدم المانع عندنا خلافا لبعض العامة حيث منع من التاجيل
في الثاني قياسا على السلم الذي يجب فيه قبض العوض … **قوله** واذا وقف الموجر على عيب
في الاجرة سابق على القبض كان له الفسخ او المطالبة بالعوض ان كانت الاجرة مضمونة وان كانت معينة كان له الرد والارش
انما يجوز الفسخ في المطلقة مع تعذر العوض لان الاطلاق …
نعم لو تعذر العوض توجه الفسخ …
يتعذر عوضه واما المعينة … **قوله** ولا يجوز
ان يوجر المسكن ولا الخان ولا الاجير باكثر مما استاجره الا ان يوجر بعد …

[illegible]

[illegible]

من الحاصل بتقريب ما تقدم وعدمه فيرجع باجرة المثل وان عمل بنحو ما فان كان العمل ما له اجرة في العادة تخير مع عدم فسخ العقد
بين سط المسمى من شاء منهما وباجرة المثل لتحقق العقد وان جهلنا والا فلا شيء وفيه معنى المتبرع بعمله لنفسه فلو حاز شيئا من
المباحات ونوى تملكه لنفسه ملكه وكان حكم الزمان المعين في ذلك ما تقدم **قوله** ولو كان مشتركا جاز وهو الذي
لعمل مجردا عن المدة الاجير المشترك هو الذي يستاجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدة او عن المدة مع تعيين المباشرة
او مجردا عنهما فالاول كان يستاجر على تحصيل الخياطة يوما مثلا والثاني كان يستاجر ليخيط له ثوبا بنفسه من غير تعرض الى وقت
والثالث كان يستاجر على تحصيل خياطة ثوب مجردة عن تعيين الزمان وسمي مشتركا لعدم انحصار منفعته في شخص معين
او لعمل لنفسه وغيره وصدق الاشتراك عليه حقيقة بسبب استحقاقه العمل لغير المستاجر لان منفعته مشتركة
بالفعل بين المستاجر وشخص آخر غير الاجير ولو سماه مطلقا كما صنع الشهيد ره كان اولى لانه في مقابلة المقيد وهو الخاص
وهو باعتبار انواعه الثلاثة مباين الخاص بقول مطلق اذ الاول مطلق بالنسبة الى المباشرة والثاني بالنسبة الى المدة والثالث
فيهما وحكمه جواز العمل لغير المستاجر مع عدم مطالبته له بالمبادرة مطلقا ووجوب تحصيل العمل معها بنفسه وبغيره
الاول والثالث وبنفسه في الثاني والفرق بين الاول والثالث وجوب تحصيل العمل على الاول في المدة المعينة ان كان
معينا وكلما يجوز له او مطلقا واعلم ان الشهيد ره حكم في بعض تحقيقاته بان الاطلاق في كل الاجارات يقتضي التعجيل
انه تجب المبادرة الى ذلك الفعل فان كان مجردا عن المدة خاصة فبنفسه والا تخير بينه وبين غيره وح فيقع المنافع
بينه وبين غيره على الخ في صورة المباشرة ويتفرع عليه منع صحة الاجارة الثانية في صورة التجرد عن المدة مع المباشرة
كما منع في الاجير الخاص وما تقدم في الاجارة في الحج يؤيد ذلك فانهم حكموا بعدم صحة الاجارة الثانية مع اتحاد زمان الايقاع
نصا او حكما كما في المطلق فيها او مع سبق المعينة بالنسبة الاولى والمطلق في الاخرى وكلا ... ما ذكره لحوط وان كان وجه عند ظاهر
لعدم دليل يدل على الفورية وعموم الامر بالايفاء بالعقود ونحو ذلك لا يدل عليه على الفور عندهم وعند غيرهم من المحصلين ...
لكون الامر بالشيء انما يقتضي النهي عن ضده العام وهو الامر الكلي لا الافراد الخاصة ... في غير العبادة لا يدل على
الفساد عندهم والاستناد الى ما ذكر في الحج ليس بحجة بمجرده ويتفرع على ذلك وجوب مبادرة اجير الصلوة الى القضاء بحسب الامكان
وعدم جواز اجارة نفسه ثانيا قبل الاتمام والمختص الجواب بصلوة مخصوصة او ايام معينة من المخدرات البادية او
الحكايات الفاسدة **قوله** ويملك المنفعة بنفس العقد كما يملك الاجرة به قد تقدم ان الاجرة تملك بالعقد والغرض هنا بيان
كون المنفعة تملك به ايضا ومع ما تقدم من ان صحة المعاوضة تقتضي انتقال كل من العوضين الى الاخر والعوض من جانب الاجير
او الموجر هو المنفعة فيلزم انتقالها الى المستاجر بنفس العقد وكما كان ذلك ثابتا فيها لم يحتج الى معنى ملكه لها
كونه احق من حقوقه يصح له استيفاؤها ونقلها الى غيره وغير ذلك من لوازم الحقوق المالية وان لم يكن عينا ولا معنى للملك الا
ذلك فان كونها معدومة للموجر قبل الاجارة معناه ان له ان يستوفيها كيف شاء ... فهذا الوجه ... المستاجر مالكا لها
منها كما كان يملكه الموجر وخالف في ذلك بعض العلماء فزعم ان المستاجر لا يملك المنفعة بالعقد لانها معدومة بل يملكها على التدريج
شيئا فشيئا بعد وجودها وحدوثها على الموجر وملك الاجرة تابع لملك المنفعة فلا يملكها الموجر الا تدريجا لذلك وليس بشيء
قوله وهل يشترط اتصال مدة الاجارة بالعقد قيل نعم ولو اطلق بطلت وقيل الاطلاق يقتضي الاتصال وهو اشبه القول
بالبطلان مع الاطلاق والقول بعدم الانصراف ... والاقوى الجواز مع الاطلاق ان دل العرف على اقتضائه الاتصال والا

لا يحمل الثاني واما القول بان الاطلاق يقتضي الاتصال مطلقا فيه انه قد لا يتبادر على الخاص الا بقرينة ونحن نسلم الحكم مع وجودها الا انه
قوله ولو عين شهرا متاخرا عن العقد قيل يبطل والوجه الجواز القول بالبطلان للشيخ ره محتجا بان الاجارة تقتضي استحقاق
التسليم بالعقد كالبيع وهو منتف في الفرض وبانه لا دليل على الصحة وجوابه منع كون مطلق الاجارة يستحق بها التسليم بالعقد
الشامل ودليل الصحة عموم الادلة الدالة على الامر بالوفاء بالعقود وصحة هذه المعاملة وانما لم يشترط الاتصال لتحقق
عدمه لان كل واحد من الازمنة التي تشتمل عليها مدة الاجارة معقود عليه وليس متصلا بالعقد سوى الجزء الاول وحتى كان اتصال
باقي الاجزاء غير شرط فكذا اتصال الجميع **قوله** واذا سلم العين المستاجرة ومضت مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة لزمته الاجرة وفيه
تفصيل في قدر المدة التي يمكن استيفاء المنفعة فيها لا يعتبر شرعا للاستيفاء اما بالتعيين او ما في حكمه كما اذا عينت المنفعة
بالعمل فان مدتها هي الزمان الذي يسعها عادة وانما قيدنا بذلك ليخرج منه ما لو سلمها قبل المدة المشروطة ساخرة عن
العقد فانها لا تستقر قبل التسليم ولا فرق في ثبوت الاجرة عليه بالتسليم بين كون الاجارة صحيحة وفاسدة لان المنافع ح
مضمونة بالقبض الصحيح فكذا الفاسد لمبتغيته له في ذلك كما سلف من ان الحكم مع الفساد يلزم اجرة المثل عما فات من المنافع في
يده او في حكم التسليم ما لو بذل العين فلم ياخذها المستاجر حتى انقضت المدة او مضت مدة يمكن الاستيفاء فتستقر
الاجارة لكن هنا لا بد من تقييده بالصحيحة واما التفصيل الذي اشار اليه المص فيمكن ان يشير به الى ما ذكره الشيخ ره من ان
الاجرة انما تستقر في المعينة لا المطلقة كما يفهم الاول من كلامه صريحا والثاني فحوى ويمكن ان يريد به ان الحكم انما يكون
اذا كانت العين المستاجرة عليها فلو كانت الاجارة على عمل الحر فسلم نفسه فتسلمه او لم يتسلمه ولكن خلى بينه وبين العمل
في المدة لم تستقر لان منافع الحر لا يدخل تحت اليد بخلاف غيره ويمكن ان يكون اشارة الى الفرق بين المعينة بوقت والمتعلقة
بالذمة مجردة عن الزمان فيستقر في الاول دون الثاني لان جميع الازمنة صالح لها والحق عدم الفرق في ذلك كله وان الحكم
على ما قررناه وضبط شيخنا الشهيد ره على شرح بعيد بعد ان ذكر التفصيل الاول قال والاحتمالات متكثرة في التفصيل من
غير اسناد الى حجة **قوله** اما استاجره لقلع ضرس فمضت المدة التي يمكن ايقاع ذلك فيها فلم يقلعه المستاجر استقرت
الاجرة اما لو زال الالم عقيب العقد سقطت الاجرة المراد ان الاجير سلم نفسه للعمل وامتنع المستاجر من غير عذر فان الاجرة
تستقر بالتمكين المذكور ويستدل بذلك على ان الاجير في هذا ونظائره بمنزلة العين المجوز عن تسليمها سابقا وضمن ذلك
على التفصيل بالمعنى الثاني واعلم ان المستاجر للقلع لا يجب عليه تسليم نفسه بالاستيفاء بل له الامتناع منه تشهيا وان استقرت
الاجرة وانما سقطت الاجرة بالبرء لبطلان الاجارة من حيث تعلقها بمنفعة لا يجوز استيفاؤها شرعا اذ لا يجوز قلع الضرس
وادخال الالم على النفس بغير حاجة ولا يجوز الاستيجار عليه كما لو استاجره لقلعه ابتداء من غير الم او لقطع يد من غير سبب
اما لو كانت متاكلة يخاف من سريان المرض منها كالمرضي كالضرس الفاسد والمرجع في ذلك الى اهل الخبرة او التجربة **قوله** ولو آجر
شيئا فتلف قبل قبضه بطلت الاجارة وكذا لو تلف عقيب قبضه اما لو انقضى بعض المدة ثم تلف او تجدد فسخ الاجارة صح فيما مضى و
يبطل في الباقي ... المراد بالتالف المعين في عقد الاجارة استيفاء المنفعة منه كما يرشد اليه العبارة وبطلان الاجارة ح لفوات
احد العوضين فانه اذا فات قبل قبضه بطل كالبيع والاستيفاء هنا المنفعة قائما مقام القبض في المبيع كان استيفاء البعض
كقبض بعضه ولو كانت الاجارة في الذمة وتسلم عينا للاستيفاء منها فتلفت فالاجارة باقية والمراد بتلفها عقيب القبض
بغير فصل يعتد به بحيث لم يمض زمان يمكن استيفاء بعض المنفعة كما يرشد اليه قوله اما لو انقضى بعض المدة فان المراد منها ما هو اعم من العين

بخصوصها وما في حكمها وحيث بطل في البعض يقسط المسمى على جميع المدة ويثبت للماضي ما قابله منها فان كانت متساوية الاجزاء
فظ والا نظر الى المتقسيط ان يقوم اجرة مثل جميع المدة ثم يقوم الاجزاء السابقة على التلف ويبسط المسمى فيوخذ من المسمى
بتلك النسبة ولو تلف بعض العين خاصة فالحكم في التالف كما مر ويتخير في الباقي بين الفسخ لتبعض الصفقة والامساك بالحصة
بتقسيط من الاجرة ولو لم يتلف شيء لكن نقصت المنفعة بطرو عيب بان نقص ماء الارض او الرحا او جرب الدابة او مرض الاجير ونحو ذلك
تخير المستاجر الفسخ **قوله** ولا بد من تعيين ما يحمل على الدابة اما بالمشاهدة او بتقديره بالكيل او الوزن او ما يرفع الجهالة
لما كان الضابط المتوصل به معرفة المجهول او ما يرفع الجهالة لم يكف مطلق المشاهدة ولا مطلق الاعتبار بالاحد الامرين مع وجود
واقعة اما في المشاهدة فلا بد معها من امتحانه باليد تخمينا لوزنه ان كان في ظرف لما في الاعيان من الاختلاف في الثقل والخفة
مع التفاوت في الحجم واما في المعتبر باحد الامرين فلا بد معه من ذكر جنس المحمول لاختلاف الاختلاف الفاحش باختلاف نحو القطن والحديد من جهة انتفاخ
وحمل الريح فيه وانه ثقيل في الهواء او الحديد يجتمع على موضع من الحيوان فربما عقره وتحميل بعض الاجناس يصعب من بعض
المحفاة في بعضها كالزجاج اصعب فلا بد من ذكر الجنس مع التقدير واعلم انه حيث ذكر قدرا معينا من الجنس كالحنطة ظهر انه خارج
عن النقدين تخصيصه العقد بكونه من الجنس والظرف خارج معلوم عليه بالالتزام حيث يفتقر اليه ويحمل على اطلاق المصنف
الاكتفاء في الكيل او الوزن من غير اعتبار ذكر الجنس انه لو قدر بمائة رطل دخل الظرف فيه وعلى ما ذكرناه من
الاشتراط لا يتوجه الاطلاق لبطلان العقد معه **قوله** ولا يكفي ذكر المحمل ولا الراكب غير معين لتحقق الاختلاف في المحمل يكسل الى
الاخيرة لمحمل واحد الحامل وهو شقا على البعير يحمل فيهما العديلان واعتباره اما بالمشاهدة او الوزن مع ذكر الطول والعرض
لاختلافه باختلافهما في السهولة والصعوبة وان اتفق وزنه ولو عهد اتفاق المحامل واتفاق جنسها كفى ذكر ذلك الجنس
وكذا يعتبر معرفة مقداره وطائه وغطائه لاختلافهما واما الراكب فيعتبر بالمشاهدة او الوزن مع علمها او في الاكتفاء فيه
بالوصف من كافة وضخامة وطول وقصر وحركة وسكون وجهان وجودهما ذلك مع افادته الوصف التام الرافع للجهالة
قوله وكذا لا يكفي ذكر الالات المحمولة ما لم يعرف قدرها وجنسها المراد بالالات هنا ما يحتاج اليه المستاجر في السفر
من نحو السفرة والقربة والاداوة والقدر فانه اذا شرط حملها وجب معرفتها بالمشاهدة او الوزن او الوصف الرافع للجهالة
لاختلافها على وجه يحصل بها الجهالة والغرر ولو لم يشترطها لم يدخل في الاطلاق الا مع جريان العادة بها بحيث لا يحصل
القصد بدونها فيتوجه بطلان الاجارة لو لم يعرف قدرها الا ان ذلك بمنزلة الشرط المجهول **قوله** وكذا لا يكفي اشتراط حمل
الزاد ما لم تعينه واذا فني ليس له حمل بدله ما لم يشترط انما لم يكن له ابدال الزاد مع فنائه مع انه قد شرط حمل القدر المعين لان
المتبادر من الزاد ما يفنى في الطريق بالاكل فيرجع فيه الى المتعارف والمراد فناؤه بالاكل المعتاد ولو فني بغيره كالضيافة
غير معتادة او اكل كذلك او ذهب بسقوطه او سرقة فله ابداله نزيلا للاطلاق على المتعارف فيكون حكم البدل حكم
المبدل منه في ذلك ويعلم من ذلك انه لو شرط حمل زاد زائد على العادة فليس له اتمه حكم المعتاد بل له ابداله لانه كالمحمول
المطلق الا ان يجعل الجميع زادا توسعة ولو شرط الابدال في الجميع فلا ريب في الصحة عملا بالشرط **قوله** واذا استاجر دابة
افتقر الى مشاهدتها فان لم تكن مشاهدة فلا بد من ذكر جنسها ووصفها وكذا الذكورة والانوثة اذا كانت للركوب فيذكر
الوصف الجنسي كالابل والخيل كالعراب والذكورة والانوثة فان الانثى اسهل والذكر اقوى لو استاجر للركوب والا لم يفتقر الى ذكرها
ويحتمل عدم اعتبار وصف الاخير مطلقا لان التفاوت بينهما يسير فلم يكن معتبرا في نظر الشارع ولان احد النوعين ربما

المعتاد

اتفقت فوائده اريد بما بين النوعين وكذا يجب ذكر كل وصف يختلف السير والركوب سواء اشار الى معين غائب ام جعل متعلقها الذمة
غير مقتصر لعين شخصية **قوله** ويلزم موجر الدابة كلما يحتاج اليه في امكان الركوب من الرحل والقتب والسرج والحزام والزمام ونحوها
من الالات وكذا يعتبر السائق والقائد مع اقتضاء العادة لهما او لاحدهما وكذا يجب اعانته على الركوب والنزول اما بحسب ان كان
يمكنه ذلك وهو من اهله او يرد الى الحال ان كان عاجزا او قويا ولكن لا يقتضي العادة له بذلك كالمراة والشيخ الكبير والمريض ولو
كان المستاجر قويا يتمكن من حفظ ذلك بنفسه لم يجب اعانته كل ذلك مع اشتراط المستاجر على الاجير المصاحبة او قضاء العادة بها
او كانت الاجارة للركوب في الذمة اما لو كانت مختصة بدابة معينة ليذهب بها كيف شاء ولم يقتض العادة بذلك تخيل الاعمال الى الراكب
قوله وفي رفع المحمل وشده تردد اظهره اللزوم هذا هو الاقوى لقضاء العادة بهما وكلاهما من اسباب التهيئة والتحميل الواجب على
الموجر فيجب تحصيل شرطه ... **قوله** ولو استاجرها للدوران بالدولاب افتقر الى مشاهدته ولا يكفي الوصف الرافع
للجهالة كفى وكذا يشترط معرفة عمق البئر بالمشاهدة او الوصف ان امكن الضبط به وتقدير العمل اما بالزمان كاليوم او بملء بركة معينة
بالمشاهدة او المساحة لا يستقي ... بدوران شوهد للاختلاف ... بالماء وحرارة الماء والهواء وبرودته **قوله**
فان كان للحرث جريب معلوم فلا بد من مشاهدة الارض او وصفها وان كان لعمل مدة كفى تقدير المدة الكلام في معرفة الارض
بالوصف ... كان ابلغ من المشاهدة لان صاحب الارض قد يطلع من باطنها لا يظهر بمشاهدة ظاهرها كما في كره المعتبر
المشاهدة ولم يكتف بالوصف محتجا بانها تختلف فبعضها صلب يصعب حرثه على البقر ومستعملها وبعضها رخو ... وبعضها
فيه حجارة يتعلق بها السكة ومثل هذا الاختلاف انما يعرف بالمشاهدة دون الوصف وفيه ان مع ان مشاهدة ظاهر الارض لا
ذلك وانما يظهر بالعمل وهو متوقف على صحة الاجارة ويبعد ان يريد بالمشاهدة معرفة ما يميل اليه العمل بها ما في اعتبار ذلك من
الحرج وكان المراد من ذلك رفع الجهالة العادية لا الضابط الكلي ويمكن التوسل الى ذلك باختبارها بالحفر في مواضع على وجه
يرفع الغرر هذا اذا قدر بالعمل ولو قدر بالمدة لم يعتبر معرفة الارض لكن يعتبر تعيين الدابة التي تستعمل في الحرث اما بالمشاهدة
او الوصف الرافع للجهالة ولو قدر بالارض لم يحتج الى معرفة الدابة وهل يعتبر معرفة السكة وجهان اجودهما الاكتفاء فيها بما في
عرف الجاية الارض بالعادة **قوله** فلا بد من تعيين وقت السير ليلا او نهارا الا مع ... هناك عادة فيكتفى بها انما وجب تعيين
الوقت لاختلاف الناس في ذلك الموجب للجهالة فيجب التعيين مع عدم العادة المعينة لذلك الطريق ويشكل الحكم فيما
اذا اختلف السير ولم يمكن التعيين لها كطريق الحج فان مقتضى تحقيق بيان السير عدم صحة الاستيجار فيها الا ان تستقر العادة
بخصوص في تلك السنة بحيث يمكن ضبطها عادة في السنين وفي كره منع من الاستيجار في الطريق التي ليس لها منازل مضبوطة اذا كانت
مخوفة لا يمكن ضبطها باختيارهما **قوله** ويجوز ان يستاجر اثنان جملا او غيره للعقبة ويرجع في التناوب الى العادة العقبة نعم
العين النوبة وهما يتعاقبان على الرحلة اذا ركب هذا تارة وهذا اخرى فان كان هناك عادة مضبوطة اما بالزمان او المسافة حمل
الاطلاق عليها والا وجب التعيين ولو اتفقا في المنضبط بالعادة على خلافها ومنضبطا ... ويعتبر تعيين مبدا الركوب من يركب
اولا واكتفى في كره بالقرعة في تعيين المبدا ان لم يعيناه في العقد لا ... اشكال ... فان عقد المعاوضة لا يبنى
على الجهالة المفضية الى التنازع مع امكان رفعها **قوله** واذا اكترى دابة فضربها ... زيادة عن العادة او ضربها كذلك او كبحها
باللجام من غير ضرورة ... اي اسرع السير زيادة على عادة امثالها ... في تلك الطريق فانه ... لانه ... ضمن
التقييد في الضرب بالزيادة عن العادة يدل بمفهومه على انه لو ضربها بما جرت العادة به لم يضمن ... المعتاد ... دون ذلك مما

عقد الاجارة وان لم يأذن فيه ... [illegible] حكم بالضمان بالضرب ... ابن الاثير ... شروطها السابقة ...

وجه والمراد بكبح الدابة باللجام جذبه ... فالجوهري كبحت الدابة اذا جذبتها اليك باللجام ...

ولا يجوز اجارة العقار الا بعد التعيين بالمشاهدة او بالاشارة الى موضع ... قوله

معين ... العقار بفتح العين الارض والبيوت والنخيل والمراد هنا ما يجوز استئجاره ... مشاهدة الارض

المستأجرة للزرع او الغرس ... اشترط المصنف في الموصوف ان يكون عينا شخصية

... العقارات ... قوله ... واذا استأجره

فلا بد من تعيين الصانع ... الصنعة ... الاعمال التي تختلف فيها الصناع

بالحذق والبطء كالخياطة والكتابة ... الاختلاف الكثير الموجب للغرر

بل لا بد من تعيين الصانع ... تحصيل المنفعة ...

[illegible]

المستاجر هو الذي كال الطعام وحمل بنفسه حمل الدابة لتعديه ولا يعتبر الشرط اجرة المثل وان لم يكن حمله بل سهر الى الموجر حتى
حمله هو فان كان جاهلا بانها لا يدلس عليه المستاجر انه غير زائد فظهر كذبه [illegible]
عليه بل سكت ولم يخبر بشيء [illegible] الموجر حملها جاهلا [illegible] ضمان المستاجر [illegible]
الحمل وتسليمه بمنزلة الاذن الكلي بالحمل [illegible] تقديم طعام الغير اليه للاكل [illegible]

[illegible]

حرام

151 استفادة

[illegible]

[illegible]

152 استفادة

[illegible]

الوديعة قوله اذا اسقط الاجرة بعد تحققها في الذمة صح ولو اسقط المنفعة المعينة لم يسقط لان الابراء لا يتناول الا ما هو
في الذمة المراد بتحقق الاجرة في الذمة تعلقها بها وان لم يستحق المطالبة بها ويتحقق ذلك بالعقد كما مر والمراد باسقاطها الابراء
منها سواء كان بلفظ الاسقاط ام الابراء ام ما شاكلها من الالفاظ الدالة عليه ولما كان الابراء عبارة عن اسقاط ما في الذمة
لم يصح تعلقه بالاعيان ولا بالمنافع المتعلقة بها ومنها الاجرة لو كانت عينا ويصح مما في الذمة سواء كان اجرة ام منفعة كما لو
استأجره ليخيط له ثوبا او نحوه قوله اذا اجر عبدا ثم اعتقه لم تبطل الاجارة وبتوفي المنفعة التي بينا ولها العقد ولا يرجع العبد على
المولى باجرة مثل عمله بعد العتق لانه لما كانت منافع العبد مملوكة للمولى كالرقبة ...

١٥٣

١٥٤

كتاب الوكالة

الغائب خاصة ولم يذكره احد **قوله** ومن شرطها ان تقع منجزة فلو علقت بشرط متوقع او وقت متجدد لم يصح ومن شرح الكتاب
دوقوعها منجزة عندنا لما انا فلو علقها على شرط متوقع وهو ما يمكن وقوعه وعدمه او صفة وهي ما كان وجوده في المستقبل
محققا كطلوع الشمس واليها اشار بقوله او وقت متجدد لم يصح وهو من تعليقها على الشرط على الوقف بها بشرط لا يقتضي
التعليق كوكلتك في كذا وشرطت عليك كذا اما لو علقها على شرط فانه جائز واعلم ان معنى فساد العقد لتعليقه على الشرط فهل
يصح التصرف بعد حصول الشرط قريب في كره ذلك يجي اما ان الاذن حاصل لم يزل بعيب العقد وصار كما لو شرط في الوكالة
عوضا مجهولا كان قال بع كذا على ان لك العشر من ثمنه تفسد الوكالة وكن ان باع صح ولان المقتضي للصحة حاصل وهو الاذن
اذ الغرض حصول المعلق عليه وانتفاء المانع اذ ليس الا وضع الوكالة وهي اخص من مطلق الاذن وعدم الخاص لا يستلزم
عدم العام هذا فائدة الفساد سقوط الجعل المسمى في عقد الوكالة ان كان والرجوع الى اجرة المثل كما في المضاربة الفاسدة
حيث حكم فيها بعدم استحقاق الحصة المشروطة ووجب للعامل اجرة المثل وفيه ان الوكالة ليس امرا زائدا على الاذن
والجعل المشروط ليس جزءا منها وانما هو شرط زائد عليها العقد بخلاف المضاربة فان اشتراط الحصة شرط
في صحتها ولانه لو تم ذلك لزم الحكم بصحة التصرف مع فسادها في جميع الاحكام كعزل الوكيل ينفسخ مع علم الموكل به وسكوته
فان الاذن حاصل منه فلا يرتفع بفسخ الوكيل ولان العقد فاسد قطعا ولا معنى للفاسد الا ما لا يترتب عليه
اثره ولان الاذن المطلق انما وجد في ضمن الوجه المخصوص اذ لا وجود للكلي الا في ضمن جزئياته ولم يوجد منها الا هذا
الجزئي فاذا ارتفع ارتفع الكلي والمتوقف في هذا الحكم مجال **قوله** نعم لو نجز الوكالة وشرط تاخير التصرف جاز كما
يقول وكلتك في كذا ولا تتصرف الا بعد شهر مثلا فانه يجوز بلا خلاف نقله في كره والوجه ان منعه من التصرف في الوقت
المعين شرط زائد على اصل الوكالة المنجزة وهي قابلة للشروط السائغة وهذا وان كان في معنى التعليق الا ان العقود
لما كانت متلقاة من الشارع ينطق بهذه الضوابط وبطلت فيما خرج عنها وان افاد فائدتها **قوله** ولو وكله في شراء
عبد افتقر الى وصفه لينتفي الغرر لما كان العبد المطلق متوغلا في الابهام صادقا على اصناف مختلفة في الاوصاف
والرغبات لم يكن اطلاق التوكيل في شرائه كافيا بل لا بد من وصفه من بعض الوجوه كقوله عبدا تركيا ونحوه لينتفي الغرر
ولا يجب الاستقصاء في الوصف بحيث يرتفع الجهالة اتفاقا كذا ذكره المصنف وجماعة ويشكل بان الغرر يندفع بمراعاة الوكيل
المصلحة في شرائه فان الاطلاق محمول على شرائها الاستبانة في شراء عبد يكون شراؤه مشتملا على مصلحة الموكل فينتفي الوكيل
بوجه المصلحة في متعدد ويكون ذلك كالعرض من حيث امر المالك بشراء شيء فانه شرع في غاية الابهام والجواز مطلقا قوي
وان كان اعتبار الوصف احوط ولا فرق بين كون المقصود من العبد التجارة او القنية لان رعاية المصلحة معتبرة في الموضعين
احتمل الشهيد ره بان المصلحة معتبرة في كل شيء بحسبه والاغراض متفاوتة في الموضعين **قوله** ولو وكله مطلقا لم يصح على
قول والوجه الجواز القول لعدم جوازه مع الاطلاق للشيخ ره لاشتماله على الغرر ووجه الجواز يعلم مما سبق فان فعل
الوكيل لما كان مقيدا بالمصلحة والجهالة ينتفي بالرجوع الى المتعارف المناسب للموكل انتفى المانع وفي حكم المفوض جواز
الوكالة مع الاطلاق وعدم جوازها في شراء العبد مطلقا نوع منافرة لان دائرة المطلق اوسع من العبد المطلق لانه
فرد من افراده فكان اولى بالجواز ومثله تفوق المصنف في القواعد فانه ذكر الاطلاق بعد مسئلة العبد وانه لا بد من وصفه في
لينتفي الغرر والشراح ره ذكر وانه يريد بالاطلاق في الثانية الاطلاق في وكالة شراء العبد وجعلوه وجعلوا الثانية

العبارة

وعبارة من يؤيد ما ذكره لانه حيح في بطلان الاطلاق في وكالة شراء العبد وهو مناسب المنقل القول بالبطلان الشيخ وقع
منع في مسئلة العبد كذلك فان اريد من العبارة هذا المعنى كان الحكم بالجواز بعد اعتبار الوصف رجوعا صريحا او يريد
بالاطلاق الاولية ونحوها ويحتمل ان يريد هنا مطلق الوكالة الشاملة لشراء العبد وغيره اولى على التقدير بن لا قوى
الصحة **قوله** وهو عقد جائز من طرفيه فللوكيل ان يعزل نفسه مع حضور الموكل وغيبته لا ان الوكيل يعزل نفسه وجعل
الوكالة من ابواب العقود بمعنى بحقيقته ما فسر به في كره سابقا في القبول الفعلي من انه الرغبة في الفعل والرضا به لا جرم
الفعل والاكان الاباحة محضة وان تلك الصفاة وهو لا يبطل برده فان اذن لغيره في تناول طعامه او اخذ شيء من ماله فلم
يقبل ذلك لا يبطل الاذن له بل يجوز له التصرف بعد ذلك لان المسوغ وهو اذن المالك موجود والقبول انما لم يكن شرطا
في الاباحة لكن وههنا ايضا ولا فرق في بطلان وكالته بعزل نفسه بين اعلام الموكل بذلك وعدمه بخلاف عزل الموكل له كما سيأتي
والفارق النص ويعلم هذا لو تصرف بعد عزل نفسه وقبل ان يعلم الموكل بذلك لم ينفذ تصرفه لبطلان العقد الجائز الذي
مناطه جواز التصرف ويحتمل نفوذه لان العزل حكم الموكل يجوز له التصرف قبل بلوغه علما بالاذن العام الذي تضمنته الوكالة
بل يحتمل ذلك مع بلوغه ايضا لاحتمال ان بقاء الاذن ومجرد علمه بالرد لا يبدل على بطلانه من قبل الاذن ولو اتفينا في قبول
الوكيل بعد مقتضاها كيف كان قوي هذا الاحتمال لا انها نقيس حج مجرد اذن واباحة ويجوز مع ذلك الطلاق والعقد عليه
من حيث ان قبولها بالقول ليعقد ويترتب عليه احكام العقد ويقوي الاحتمال الطبع في عدم بطل الموكل بالرد واستشكل مع علمه
وليس ببعيد ويمكن الجمع بين كونها عقدا جائزا يبطل بالرد وعدم بطلان التصرف بالرد بان يحكم ببطلان الوكالة الخاصة
وما يترتب عليها من الجعل لو كان وبقاء الاذن العام ويمكن بناء هذا الحكم على ما تقدم من ان بطلان الوكالة هل يقتضي بطلان
الاذن العام اولا وقد مر تحقيقه لا اشتراكهما في بطلان الوكالة هناك لعدم التنجيز وهنا لعدم القبول الا ان الحكم هنا
لا يخلو من رجحان على ذلك من حيث ان الاذن هنا صحيح جامع لشرائطه بخلاف السابق فانه معلق وفي صحته ما قد عرفت
ومن ثم جزم في عد ببقاء الحكم هنا وجعل التصرف هناك احتمالا في كره عكس ما استقربه هنا ان بقاء الاذن الضمني وجعل
بقاءه هنا احتمالا وفي بقية الملحق القول بالبطلان فيما كان هنا فقد صار للعلامة في المسئلتين ثلاثة اقوال **قوله** وللموكل ان يعزله بشرط ان يعلمه بالعزل ولو لم يعلمه لم ينعزل وقيل ان تعذر اعلامه فاشهد انعزل بالعزل والاول اظهر
اختلاف الفتوى في هذه المسئلة بحسب الاختلاف في المتاخرين ومستند اختلاف الاخبار عن ائمة الهدى عليهم السلام كصحيحة هشام بن سالم عن
الصادق ع عن رجل وكل آخر بوكالة في امضاء امر من الامور واشهد له بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لامضاء
الامر فقال اشهدوا اني قد عزلت فلانا عن الوكالة فقال ان كان الوكيل قد امضى الامر الذي وكل عليه قبل ان يعزل عن
الوكالة فان الامر ماض كره الموكل ام رضي قلت فان الوكيل امضى الامر قبل ان يعلم العزل او يبلغه انه قد عزل عن الوكالة فالامر
ماض على ما امضاه قال نعم قلت له فان بلغه العزل قبل ان يمضي الامر ثم ذهب حتى امضاه لم يكن ذلك بشيء قال نعم ان الوكيل اذا
وكل ثم قام عن المجلس فامره ماض ابدا والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة او يشافهه بالعزل عن الوكالة ولاستلزام
العزل قبل العلم ضررا عظيما كما اذا وكله في بيع جارية فيطأها المشتري فيولدها او طعام فياكله ونحو ذلك وفي رواية العلاء بن
سيابة عنه عليه السلام نحوه الى غير ذلك من الاخبار الدالة على العزل من دون ان يعلم به الوكيل قبل الفعل والقول بالاكتفاء في العزل
بالاشهاد للشيخ ره وجماعة من الاصحاب ونقل العزل بالعزل نظرا الى انه عقد جائز ومن حقه ان ينفسخ بالفسخ على جميع

الاقوال لان الاخبار دلت على بعضها الاقوال والاخبار التي بعضها صحيح يحتج عليها ومقتضى قول الشيخ ره ومن وافقه على قوله كالعلامة ره في
سائر كتبه حيث حكموا بالانعزال لعلمه بعدم الاكتفاء ببلوغه بالا يفيد العلم وان كان بعدل بل وان كان بعدلين لانها يفيدا
ظنا لجواز التعويل عليه شرعا لكن لا يفيدان العلم لان مسلما من جهة الاخبار والمتواتر او الخبر المحفوف بالقرائن ان كان اما باخاد
العلم وهو منتفي فيهما فلا ينعزل على مقتضى ظاهر كلامهم لا اثباتا بهتر او ابلوغه الخبر عن بعضه قوله المتواتر والظاهر ان
هذا المعنى قطعا لما قد يعلم من مستند الحكم حضرها اخبار الشاهدين فانه حجة شرعية فما هو اقوى من ذلك الا ولا قوى
العزل بالاعلام كما عليه الخبر المحفوف من اخبار الثقة وان كان واحدا او كتابه باخبار غير العدل وان تعدد ما لم يفد العلم **قوله** ولو
تصرف الوكيل قبل العلم الاعلام مضى تصرفه على قوله وقع الاقتصاص من قصره هنا على من قوله عدم الانعزال بدون
الاعلام والحكم فيه ظاهر وكان الاولى عطفه عليه بالفاء ليفيد التفريع الا ان النسخ المعتبرة كنسخة شيخنا الشهيد ره التي
قابلها بالنسخ عطفها بالواو **قوله** ويبطل الوكالة بالموت ولا فرق بين موت الموكل والوكيل اما موت الوكيل فظاهر واما موت
الموكل فيبطل به وكالة الوكيل فيكون تصرفه بعد الموت باطلا وان لم يعلم بموته لان ذلك منصوص وانما خرجت مسئلة
العزل بالنص ولا يبطل الامانة ببطلان الوكالة فلو تلفت العين التي للموكل في يده بغير تفريط لم يضمن وكذا لو كان
في عض حتى قبضه بعد موت الموكل قبل العلم به وتلف في يده بغير تفريط لكن يجب عليه المبادرة الى ايصال العين الى الوارث
اخرجت كالوديعة **قوله** والجنون والاغماء من كل واحد منهما هذا موضع وفاق ولانه من احكام العقود الجائزة ولا فرق
عندنا بين طول زمان الاغماء وقصره ولا بين الجنون المطبق والادوار وكذا لا فرق بين ان يعلم الموكل بعروض المبطل وعدمه
نعم يحتمل هنا ان تصرفه صحيح ومع بطلان الوكالة بتعليقها على شرط جواز تصرفه هنا بعد زوال المانع بالاذن العام
قوله وتبطل وكالة الوكيل بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه لانه اذا امتنع من مباشرته فمن التوكيل فيه اولى
لسبب الحجر السفه والفلس لاهلية التصرف في المال عنده وفي حكم الحجر طرو الرق على الموكل بان كان حربيا فاسترق ولو كان هو
الوكيل صار بمنزلة توكيل عبد الغير وسيأتي الكلام فيه **قوله** ولا تبطل الوكالة بالنوم وان تطاول لبقاء اهلية التصرف ومن
ثم لا يثبت عليه ولاية ومثله السكر الا ان يشترط في الوكيل العدالة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف العام ووكيل الوكيل مطلقا
فيبطل وكالته بالسكر الاختياري وكذا الوكيل الموكل الذي يشترط عدالته وقيل في الحقه النوم المتطاول بان لا يؤدي الى
الاغماء وفيه نظر **قوله** وتبطل الوكالة بتلف ما تعلقت به الوكالة لخروجه عن موضع الغرض كموت العبد الموكل في
بيعه ووطء الموكل بطلاق المرأة ... والتلف ... في بيعه والمرأة الموكل في طلاقها والثاني كتلف الدينار الموكل في الشراء به فان متعلق الوكالة الشراء وكونه بالدينار
المعين فاذا تلف الدينار بطلت الوكالة لفوات متعلقها في الموضعين ولا فرق بين ان ينص على الشراء به بعينه او يطلق ... يقول
اشتر به لانصرافه ... فلا ينتقل الى بدله كما لو كان تلفه موجبا للضمان وفي حكم التلف انتقاله عن ملكه كما لو اعتق الموكل العبد
الموكل في بيعه او باع الموكل في عتقه او نقل الدينار عن ملكه كذلك وان كان بافراضه للوكيل واقباضه اياه **قوله** وكذا فعل
الموكل ما تعلقت به الوكالة كما لو وكله في بيع عبد ثم باعه بطلت الوكالة لظاهر لامتناع تحصيل الحاصل وفي حكم فعل الموكل ما ينافي
الوكالة في كون وطء الزوجة الموكل في طلاقها والسرية الموكل في بيعها منافيا ... من دلالة الوطء على الرغبة ظاهرا ولهذا
دل على الرجوع في المطلقة رجعية فهو كالوكالة اولى ومن ثبوت الوكالة ومنافاة الوطء لها غير معلوم وثبوت الفرق بين

الطلاق

الطلاق والوكالة فان الطلاق يقتضي قطع علاقة النكاح فينافيه الوطء بخلاف التوكيل فانه لا ينافي انتفاع الموكل بالملك الذي
من جملة الوطء بوجه نعم هل يقتضي الوكالة بالنيابة والاولوية ممنوعة وهذا القوي والى العدم البطلان هل المقدمات وفي عد
فرق بين الزوجة والسرية فقطع في الزوجة بالبطلان وفي السرية بخلافه والفرق ضعيف وفي كره توقف في حكم الوطء
والمقدمات معا **قوله** والعبارة عن العزل ان يقول عزلتك او هذا بيان العزل القولي اما الفعلي فقد تقدم ما يدل عليه ولو
نهاه عن فعل ما وكله فيه فهو عزل ايضا وهو داخل فيما هو مجراه **قوله** واطلاق الوكالة يقتضي الابتياع بثمن المثل نقدا بنقد البلد
بثمن من نوع المثل المتعارف عنه بالشيء المبيع الذي يتبايع الناس به ولا يبا قتون به كالدرهم وكذا يجب في الصحة تحقيقه
تقييد حال البيع بعدم وجود باذل الزيادة والاجره الاقتصار عليه حتى لو باع بخيار لنفسه فوجد في مدة الخيار باذل
زيادة وجب عليه الفسخ ان كانت الوكالة شاملة له ولو في نسخ الوجيز ان قدر ثمن وجد باذل الزيادة لم يجب عليه
بيعه بالاول مع احتمال الفرق انه في الاول ... بالعمل بالامر المتعارف وهنا العمل بما تعين له واما نقد البلد فان اتحد
حمل عليه لانه المعهود عند الاطلاق وان اختلف باع بالاغلب فان تساوت النقود في المعاملة باع بما هو انفع للموكل وان
استوت نفعا ومعاملة تخير **قوله** وان يبتاع الصحيح دون المعيب لا خلاف في ان اطلاق الوكالة بالشراء يقتضي
شراء الصحيح دون المعيب لانه المعهود ... وانما يشتري للقنية وهذا اقامة الوكالة القراض واذا خالف الوكيل
واشترى المعيب عالما كان فضوليا وان كان جاهلا وقع عن الموكل لانه مكلف بالظاهر والعيوب على الباطن ... به
بخلاف ما لو اشترى بدون ثمن المثل فانه لا يقع عن الموكل وان كان جاهلا لان فضل القيمة امر ظاهر مستند الى التقصير في
الخبرة بالقيمة بخلاف العيب كذا قرره ويشكل على اطلاق الاطلاق بان من العيب ما هو ظاهر من الغبن كالعور والعرج ومن الغبن
ما هو خفي على كثير من اهل الخبرة كثير من العيوب كالجواهر ونحوها والذي يقتضيه الفرق ومراعاة النظر ان العيب والغبن
معا ان كانا مما يخفى غالبا وقع الشراء عن الموكل مع الجهالة والا وقف على الاجازة فينبغي تامل ذلك **قوله** ولو باع الوكيل
فانكر المالك الاذن في ذلك القدر كان القول قوله مع يمينه ثم يستعاد العين ان كانت باقية ومثلها او قيمتها ان كانت
تالفة وقيل يلزم الدلال اتمام ما حلف عليه المالك وهو بعيد في هذا الاختلاف راجع الى صفة الوكالة وكما يقبل قول الموكل في
اصلها كذا في صفتها لانه فعله ... وكذلك ... ومقاصده ... عنده ولاصالة عدم صدور التوكيل على الوجه الذي
يدعيه الوكيل فهو له ولو باع الوكيل على ان فاتت فهذه الاختلاف انما هو مع وقوع التصرف لان الوكالة قبله تندفع بمجرد
الانكار ولا يقال ان دعوى الموكل حينئذ تستلزم حمل الوكيل خائنا بالتصرف على غير الوجه المأمور به فيكون القول قوله لانا نمنع
والاصل عدم الخيانة كما سيأتي لانا نقول ذلك انما يتم لو كان تصرفه بالوكالة والخيانة في بعض متعلقاتها كالوادعي الوكيل
عليه بعد تلف الثمن الذي باع به بمقتضى الوكالة تاخر قبضه عن قبض المبيع والتعدي فيه بوجه وهنا ليس كذلك لان الخلاف
في صفة التوكيل وفي الاختلاف في ... منكر لاصل الوكالة على الوجه الذي يدعيه الوكيل وبالجملة فالوجه الذي
يقتضي القبول في اصلها يقتضيه في صفتها والقول الذي نقله المصنف ضعيف لا مستند له **قوله** فان تصادق الوكيل والمشتري
على الثمن ودفع الوكيل الى المشتري السلعة فتلفت في يده كان للموكل الرجوع على ايهما شاء بقيمته لكن لو رجع الموكل على المشتري
لا يرجع المشتري على الوكيل لتصديقه له في الاذن وان رجع على الوكيل رجع الوكيل على المشتري باقل الامرين من ثمنه وما اغترمه
اذا حلف الموكل على نفي ما ادعاه الوكيل بطل البيع بالنسبة الى الوكيل واما المشتري فان صادق على الوكالة ثبت في حقه كذلك الا

فلا يقبل قوله في اليمين على نفي العلم ان ادعى عليه فان نكل يرد على الموكل وتوقف بثبوت البطلان بالبينة ... اخرى ثم ان كان
لكون العين باقية او تالفة فان كانت باقية ... الموكل ... المشتري استرجعها ورجع المشتري بالثمن ان
كان حضر ولم يصدق الوكيل في دعواه والا رجع بافل الامرين من الثمن وقيمة المبيع لان الثمن ان كان اقل فليس في يد الوكيل من
مال الموكل الذي هو ظالم للمشتري ... وان كان الثمن ... يرجع ... القيمة لانه المظلوم ...
ويبقى ... في يد الوكيل ... المالك وان كانت تالفة ... تخير الموكل في الرجوع على ايهما شاء اما المشتري ...
... واما الوكيل ... ظاهر فان رجع على المشتري بالقيمة وكان مصدقا للوكيل ... لم يرجع المشتري على الوكيل
... صحة البيع ... ان الموكل ظالم ... فلا يرجع على غير ظالم ... لم يكن قد قبض الوكيل الثمن ...
والا ... عدم الرجوع عليه لان الوكيل ... الموكل ... المشتري ... المال
... رجع على الوكيل ... القيمة ... فالرجوع ... ظاهر والا رجع بقدر ما ... الباقي في يد الوكيل
مجهول المالك وان لم يكن المشتري مصدقا ... رجع على الوكيل ... وان كان الثمن ازيد ... الى
الوكيل ... البيع ظاهر وان رجع الوكيل على المشتري بالاقل من ثمنه ... لان الشيء ان كان ...
الموكل ... بالقيمة فلا يرجع به على المشتري ... كانت القيمة اقل ...
... مجهول المالك ظاهر ... الوكيل ...

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

لكونه وكيلا على مسلم فانه يحكم الكافر في هذه الجهة على الظاهر ولا فرق بين المرتد عن فطرة وغيره كما يقتضيه الاطلاق تمام وارد
عليه ذلك ودفع توهم بطلان وكالته لحكمهم ببطلان تصرفاته وحجر خروج الوكالة لان تصرفه الممنوع ما كان لنفسه دون ما كان
لغيره ليثبت منه قوله وكل ما له ان يليه بنفسه ويصح النيابة فيه صح ان يكون فيه وكيلا لان هذا ضابط ما يجوز
الوكالة فيه بمعنى ان يكون وكيلا واحترز بقوله ويصح النيابة فيه عما يصح ان يليه بنفسه من العبادات وما وافقها من
الاحكام التي لا يصح النيابة فيها مع ان للانسان ان يليها بنفسه ودخل فيه المحجور عليه لسفه او فلس فانهما يليان
لانفسهما بعض الافعال الصحيحة وكالتهما فيها بل في غيرها ايضا وخرج توكيل المحرم في حفظ الصيد وشرائه اذ ليس له ان
يليه لنفسه كما مر قوله ويجوز ان تتوكل المرأة في طلاق غيرها وهل يصح في طلاق نفسها قيل لا وفيه تردد اما
وكالتها في طلاق غيرها سواء كانت زوجة لزوجها ام لا فلا اشكال فيه لان الطلاق يقبل النيابة في الجملة واما طلاق
نفسها فمنع منه الشيخ وابن ادريس لاشتراط المغايرة بين الوكيل والمطلقة وهو ضعيف لانه يكفي فيه المغايرة
الاعتبارية قوله ويصح وكالتها في عقد النكاح لان عبارتها فيه معتبرة عندنا [illegible] للشافعي حيث
منع من توكيلها فيه ايجابا وقبولا كالمحرم وليس كذلك قوله ويجوز وكالة العبد اذا اذن مولاه لان عبارته معتبرة و
المانع كونه مسلوب المنافع لمولاه فمع اذنه يزول المانع ومقتضى الاطلاق توقف وكالته على اذن المولى في كلام المصنف
غيره عدم الفرق بين ان يمنع شيئا من حقوق السيد المطلوبة منه وعدمه كالوكالة في ايجاب عقد او قبوله
في حال جلوسه من امر السيد [illegible] حال اشتغاله بامره [illegible] حيث لا منافاة ويدل على حكم الاطلاق كون منافعه
باجمعها ملكا للسيد فلا فرق بين قليلها وكثيرها وذهب العلامة في [illegible] الى جواز توكيله بغير اذنه اذا لم يمنع شيئا من
حقوقه [illegible] الحال واستثناء العرف وورد عليه ان المنافي ان كان هو ان منافعه بجميعها ملك المولى فلا يجوز
الانتفاع بها [illegible] ولا يعتد بها في نظر الشارع وان كان المانع هو منافاة التوكيل لانتفاع المولى وجب
ان لا يفرق بين قليل المنافع وكثيرها فيجوز ان يستغله ويستنيبه حيث لا يمنع انتفاع المولى كان يغزل وهو [illegible]
في حوائج المولى وذلك باطل وجوابه انا نختار الاول والقليل غير المنافي خارج من العموم مستندا الى قرائن الاحوال
بل ربما استند بعضها الى الضرورة كالاستظلال بحائط الغير والاستناد اليه والاستضاءة بمصباحه حيث لا يجد
عليه [illegible] في الاصول ان الاذن في ذلك واشباهه مستند الى العقل وايضا فان ذلك يستلزم محادثته على الغير
ومحاورته مما يستلزم تكلمه فان ذلك من جملة منافعه التي منع من استيفائها وحينئذ البطلان والفرق بين ما حكم
بجوازه وبين ما اورده من الاستغراق ونحوه شواهد الاحوال والقرائن التي تلحق الامور المشتبهة بالعلوم فان كله
خرج باطباق الناس عليه وجريان العادة المطردة به كالشرب من ساقية الغير بغير اذنه وقلنا المستثنى واحد وهو
القرائن المقترنة لعدم المنع مع ان ايقاعه لصيغة العقد ايجابا او قبولا وهي جملة الكلام فتخصيص بعض
بعض حكم ولا يخفى تكليفه لعدم منافاته لشيء من حقوق السيد كابطالها عن غرض مطلوب منه ونحوه
والاحرام ايضا قوله ويجوز ان يوكله مولاه في اعتاق نفسه لان الكلام في توكيله اعتاق نفسه كالكلام في توكيله في
شراء نفسه من مولاه فانه يحتمل المنع من حيث ان المعتق مغاير للمعتق والحق الجواز والاكتفاء بالمغايرة الاعتبارية
قوله ولا تشترط عدالة الولي ولا الوكيل في عقد النكاح لان الاذن معلق بالفعل وهو متناول للولي او الوكيل اي لا يشترط

عدالة الولي وهو الاب والجد له في النكاح مطلقا لان الجد والولد وان كانا فاسقين ولهما ان يوكلا غيرهما فيه وكذا الوكيل
في عقد النكاح لا يشترط ان يكون عدلا بل يصح توكيل الفاسق فيه ايجابا او قبولا لان النيابة واصالة تعلم اشتراط
العدالة ولا تخصيص ذلك اسيما بعمل الوصي كما الخلاف البعض الشافعية حيث اشترط العدالة فيها واما اشتراط
عدالة الولي في ولاية المال ففيه خلاف بين اصحابنا ونحوه قطع بين الفاسق لا ولاية له حتى لو كان عدلا ففسق
انتزع المال منه ويستشكل بعد فيه باب الوصايا قوله ولا يتوكل الذمي على المسلم للذمي ولا للمسلم على القول الاشهر
وهل يتوكل المسلم للذمي على المسلم فيه تردد والوجه الجواز على كراهية مدار الوكالة بالنسبة الى الاسلام الوكيل والموكل
والموكل عليه وكفرهم والتفريق ثمانية فان الموكل اما مسلم او كافر وعلى التقديرين فالوكيل اما مسلم او كافر وعلى التقدير
الاربعة فالموكل عليه اما مسلم او كافر فيها صورتان لا يصح الوكالة فيهما عندنا وهما ما ثبت الحكم فيهما الى
المشهور وفي كره ادعى الاجماع عليهما وهما وكالة الكافر على المسلم للكافر او مسلم لاستلزامه السبيل للكافر على
المسلم المنفي بالاية وباقي الصور يصح الوكالة فيها من غير كراهية الا في صورة واحدة وهي وكالة المسلم للكافر على المسلم
فان المشهور فيها الكراهة بل ادعى في كره الاجماع عليها والشيخ منع فيها ثم حكم بها ويظهر من الشيخ في عدم الجواز و
اعلم ان المص والجماعة عبروا ولم يذكروا الكافر بالذمي ولا فرق في الحكم بل انما ثبت المنع في الذمي يثبت في غيره بطريق اولى و
كذا الكراهة وصورة الجواز مشتركة بين غيره واولوية فلذلك عدلنا الى التعبير بالعام قوله ويقتصر الوكيل من التصرف على
ما اذن له فيه وما تشهد العادة بالاذن فيه فلو امره ببيع السلعة بدينار نسيئة فباعها بدينارين نقدا او كذا لو باعها
بدينار والاولى ان يكون هناك غرض صحيح يتعلق بالتأجيل اما اقتصاره على الاذن فيه فلا شبهة فيه واما تجاوزه الى ما
تشهد العادة بالاذن فيه فجائز مع اطرادها او دلالة القرائن على رضاه به كالاذن له في البيع بعد نسيئة فباع به
نقدا او بازيد ثم بعد ولو لا انه قبل ادخره ومثل بيع النسيئة نقدا البيع بازيد منه كتابين له مع المماثلة في النقد
النسيئة والشراء بانقص ويجب تقييد ذلك كله بعدم الغرض فيما عيّن ولولا لم يجز التعدي وان لم يصرح بالنهي فان الاغراض
تختلف والمصالح لا تنضبط ويمكن كون الغرض في البيع نسيئة ان يخاف على الثمن قبل الاجل ويخاف ذهابه في النقد مع
احتياجه اليه بعد فلا يجوز تعديه لرد الامر القطع بعدم الغرض فان المعرض هناك نادر فلا يحمل على الغالب ومثله
الشراء نسيئة بمثل ما اذن فيه نقدا لامكان ان يتضرر ببقاء الثمن معه او يخاف تلفه قبل الاجل او عدم حصول العين في
معونيه فلا يجوز التعدي وان جهل الحال الا مع تحقق عدم الغرض واما الثمن المعين فيمكن كون الاقتصار عليه لارادة الارفاق
المشتري ان كان معينا فلا يجوز بيعه بازيد ولو لم يكن معينا جاز البيع بالاكثر مع عدم العلم بالغرض وعدم التصريح
بالنهي عن الزائد لشهود الغرض في الغرض المذكور وغلبة ارادة الاذن فيه مع امكان ان يريد الارفاق المطلق او عدم الا
في البيع او مساواة المعاملة ما يستند الى الشراء وعدم زيادة الرجح ونحو هذا [illegible] لغرض شرعي او غير ذلك الا ان
هذه الامور نادرة في المطلق فلا يلتفت اليها مع الاشتباه قوله ولو امره ببيعه في سوق مخصوص فباعه في غيره ما لم
الذي يعين له مع الاطلاق وتعين المثل جاز اذ الغرض تحصيل الثمن والكلام هنا على نحو ما سبق فان الغالب ما ذكره المص
مع امكان تعلق الغرض بالسوق بسبب جودة النقد او كثرته او حله او صلاح اهله او مودة بين الموكل وبينهم والمص اطلق
جواز التعدي ولا بد من تقييده بعدم العلم بالغرض واشترط في كره العلم بعدم الغرض فلا يجوز التعدي مع الجهل به لان ذلك

نادر او لو علم انتفاء الغرض لم يصح ولو نقصا الثمن لان الاغراض في العين لا يتفاوت والغرض في تعيين الاشخاص اكثر فلا يجوز
التعدي مع الاطلاق مطلقا سواء علم الغرض ام جهل الحال ام علم انتفاء الغرض على ما يظهر من اطلاقهم لتعدد الغرض ورجوعه
مع الاذن قوله وكذا لو امره ان يشتري بعين المال فاشترى في الذمة لم يصح الشراء الى لا يصح التعدي مطلقا لاختلاف الاغراض في ذلك
غالبا فانه يجوز ان يتعلق الغرض بالشراء بالعين بسبب حل المال وخلوصه عن الشبهة وتعيين الثمن فيبطل البيع بتلفه
قبل القبض لاحتمال التبرع عنه او لا يقدر عليه والعكس في شراء الذمة لشبهة في المال او تحريمه ونحو ذلك و
يتحقق الامر ان جهل ما بالتعيين يقينا كاشتر بعين هذا المال او اشتر في الذمة والامر بالتعيين بما يدل عليه لغة وان لم
يصرح به كاشتر بهذا المال فان الباء يقتضي المقابلة ولو اطلق له الامرين جاز واتى بعبارة تحتملهما كان سلم اليه الفا وقال
اشتر بها في الثمن او قال اشتر كذا بالف ولم يشر الى العين ونحوه كان مخيرا ومتى قيل بعدم صحة العقد في هذه الصورة المراد
كونه فضوليا يتوقف على الاجازة قوله واذا ابتاع الوكيل وقع الشراء عن الموكل ولا يدخل في ملك الوكيل لانه لو دخل
في ملكه لزم ان يعتق عليه ابوه لو هذا موضع وفاق وجهه مع ذلك ان الوكيل انما قبل لغيره فيجب ان ينتقل الملك الى
الغير وهو علة مقصودة كما لو اشترى الاب والوصي للمولى عليه ونبه بذلك على خلاف ابي حنيفة حيث حكم بانه ينتقل اولا
الى الوكيل ثم ينتقل الى الموكل محتجا بان حقوق العقد تتعلق به كما لو اشتراه باكثر من ثمن مثله ولم يذكر الموكل لفظا فانه يدخل
في ملكه ولا ينتقل الى الموكل ولان الخطاب انما جرى معه وضعفه بمنع تعلق الاحكام به في نفس الامر وانما تعلقت به في المثال
لعدم العلم بقصده والخطاب انما وقع معه بسبيل النيابة ويعارض بشراء الاب والوصي فانه وافق عليه وفرع على قوله للفضل اشتر
ويلزمه ما ذكره المص ومن لزوم انعتاق اب الوكيل ونحوه ممن ينعتق عليه لو اشتراه للموكل ولم يقل به احد قال بعض العلماء
اورده [illegible] على بعض الحنفية فاجاب بانه في الزمن الاول يقع للوكيل وفي الزمن الثاني ينتقل الى الموكل فالزمن الذي
الانتقال في الزمن الثاني الى الموكل وفيه العتق فلم يجب بشيء والحق انه لو انتقل الى الوكيل كان اللازم ترجيح العتق لانه مبني
على التغليب باعترافهم وله نظائر كثيرة قوله ولو وكل مسلم ذميا في ابتياع خمر لم يصح لانه لا يشترط كون الوكيل قادرا على
الفعل بنفسه اشترط كون الموكل كذلك فلا يكفي جواز تصرف احدهما دون الآخر ويخرج هذا في توكيل المسلم الذمي في بيع خمر
وابتياعه وان كان الذي يملك ذلك لنفسه وقد تقدم مثله في توكيل المحرم محلا في شراء صيد وبيعه قوله وكل موضع
يبطل الشراء للموكل فان كان سماه عند العقد لم يقع عن احدهما وان لم يكن سماه قضي به على الوكيل في الظاهر اما عدم وقوعه
عن الوكيل فلان العقد تابع للقصد وقد خص الشراء بالموكل لفظا ونية فلا يقع عنه واما عدم وقوعه عن الموكل فلمخالفة
امره فلا يكون مامورا به [illegible] يكون فضوليا واما مع عدم ذكر الموكل يقع للوكيل لان الخطاب معه وهذا مع الظاهر بمطالبة البائع
بالاخذ منه بالثمن ويلحقه بالنسبة اليه جميع الاحكام لعدم تكليفه بالامور الباطنة واما الوكيل في نفس الامر مع عدم اجازة
الموكل فيجب عليه التخلص بالامكان وسيأتي تفصيله ولا بد من تقييد ذلك ايضا بعدم الشراء بعين مال الموكل والا بطل
العقد مع عدم اجازته وان لم يذكره لانه يصير كما لو استحق احد العوضين المعينين هذا بالنسبة الى نفس الامر واما
الظاهر فان صدق البائع على ان اوقامت به البينة ثبت البطلان ظاهرا وباطنا ووجب عليه رد ما اخذه والا ثبت ظاهرا و
على الوكيل عوض المدفوع للموكل المعين لتحصيله شرعا لاعترافه بالتصرف بسبب المخالفة وعلى البائع الحلف على نفي العلم بالحال
ان ادعى عليه ذلك والا فلا واعلم ان المراد بتسمية الوكيل للموكل التصريح بعقد الشراء له مع موافقة القصد على ذلك اذ لو ذكره

لفظا ولم يقصده باطنا وقع البيع ظاهرا او وقف على اجازته المخالفة ان يكون الشراء في الباطن للوكيل ان لم يقصد بعين مال الموكل
ولم يكن للبائع غرض في تخصيص الموكل فيكون الحكم مبنيا على الظاهر في الموضعين قوله وكذا لو انكر الموكل الوكالة لكون الكل
الوكيل مبطلا فالملك له ظاهرا وباطنا وان كان محقا كان الشراء للموكل باطنا وهذه المسألة قد تقدم شبهة سواضع
كثيرة جمعها في تفصيل المسألة ان الوكيل اذا اشترى ولم يثبت وكالته في ذلك اما للدعوى المخالفة او
لانكار اصل الوكالة فلا يخلو اما ان يكون قد اشترى بعين مال الموكل وفي الذمة فعلى الاول اما ان يكون البائع
ما لم يكون الثمن له الكل او يقوم البينة بذلك او لا على التقادير واما ان يصرح بكون الشراء للموكل او ينوي ذلك خاصة
ثم اما ان يكون الوكيل صادقا في الواقع او كاذبا وحكمها انه متى كان الشراء بالعين فهو فضولي سواء ذكر الموكل ام لا او
سواء نوى الشراء للموكل اطلاقا ان لم يجز المالك وقد ذكره مصرحا او كان له بينة ان العين له او البائع عالما بذلك فان
كان الوكيل صادقا فالعقد صحيح باطنا فاسد ظاهرا فان رجع المالك في العين واخذها من البائع رجع اليه ببيعه
وان رجع بالعين على الوكيل لتعذر اخذها من البائع اخذ الوكيل المبيع قصاصا وتوصل الى رد ما فضل منه عن حقه
ان كان هناك فضل وان تلفت تخير في الرجوع فان رجع على البائع رجع على الوكيل وان رجع على الوكيل لم يرجع على
البائع لاعترافه بظلم الموكل في الرجوع ولو لم يعلم البائع بالحال ولم يحصل الوصفان الآخران لم يجب عليه الدفع بل يحلف
على نفي العلم ان ادعي عليه ثم يغرم الوكيل ويأخذ العين قصاصا كما مر وان كان الوكيل كاذبا فلم يحب الموكل بطل
الشراء بالعين مطلقا وتأتي فيه التفصيل الآخر ان كانت العين قد تلفت عند البائع ويجب على الوكيل رد المبيع اليه وان كانت
باقية عنده والا الوكيل ان يصالح الموكل عليها بما فيه من المثل او القيمة ثم يصالح البائع على العين بما امكن
وان كان الشراء في الذمة وذكر الموكل وقع له باطنا ان كان محقا وبطل ظاهرا فيأخذه قصاصا وان لم يذكره
لفظا ولا نية فالشراء للوكيل ظاهرا او باطنا وان كان مبطلا وذكر الموكل بطل البيع مطلقا وان نواه خاصة فالسلعة
للبائع باطنا ويشتريها منه بالثمن ان كان باقيا والا دفعها اليه ولا شيء عليه وان لم ينوه وقع الشراء للوكيل
قوله ولو قيل التخلص ان يقول الموكل ان كان لي فقد بعته من الوكيل صح البيع ولا يكون هذا تعليقا للبيع على
الشرط لانما يكون ذلك شرطا مع كونه بصيغته لان الشرط المبطل ما اوجب توقف العقد على امر يمكن حصوله وعدمه
وهذا امر واقع يعلم الموكل حاله فلا يضر جعله شرطا وكذا القول في كل شرط علم وجوده كقول البائع يوم الجمعة مع علمه به
ان كان يوم الجمعة فقد بعتك كذا ومثله في النكاح والتزويج والوكالة الا في عقيبه عموم الزوجية ان كانت زوجتي فهي
طالق ولو اوقع البيع او الطلاق من غير تعليق على الشرط صح ايضا ولم يكن اقرارا بالتوكيل وفاقا للكره قوله وان امتنع
الموكل من البيع جاز ان يستوفي عوض ما اداه الى البائع من ثمن هذه السلعة فيردها فيفضل عليه او يرجع بما يفضل
له وتكون ذلك على سبيل المقاصة حيث توقف على امتناع الموكل والا فالرجوع بما يفضل الرجوع بالزائد من قيمة
المبيع لو كانت اقل من الثمن المدفوع والرجوع انما على وجه المقاصة على تقدير ظفره بمال الموكل ولكنه منع بيده
ولا يجوز له التصرف في البيع قبل احد الامرين لخروج الملك عنه على كل تقدير لانه ان كان صادقا في دعوى الوكالة فهو
للموكل وان كان كاذبا فهو للبائع ولو رفع امره الى الحاكم امره باجبره الوكيل انه لم يبعه منه برفق وليس الجبارة على
ذلك لاستفاء المال الا بعينه ظاهرا ولو باعه الحاكم بالقيمة بعد الامتناع صح وان لم يعلم الحال لان الوكيل ان كان صادقا فالموكل

فيمتنع من ايفاء الحق فللحاكم البيع عليه وان كان كاذبا فالملك له فيلغو الصيغة **قوله** ولو وكل اثنين فان شرط الاجتماع لم يجز لاحدهما ان ينفرد بشيء من التصرف وكذا لو اطلق ولو مات احدهما بطلت الوكالة وليس للحاكم ان يضم اليه مكانه توكيله ايا هما على هذا الوجه يؤذن بعدم رضاه برأي احدهما منفردا واذا كان الاطلاق مؤديا معنى الاجتماع فشرطه للخصوص لمجرد التاكيد والمراد باجتماعهما على العقد صدوره عن رأيهما وامرهما معا لا ايقاع كل منهما الصيغة وان كان جائزا ايضا فلو وكل احدهما في ايقاع الصيغة او وكلا ثالثا فالاصح ان ضمنت وكالتهما جواز التوكيل والا تعين عليهما ايقاع الصيغة مباشرة ويمكن ان يكون هذا من مواضع جواز توكيل الوكيل وان يكون احدهما يوكل الاخر لدلالة القرائن على انه لا يريد مباشرة الصيغة منهما غالبا وهذا بخلاف الوصيين على الاجتماع فان توكيل احدهما للاخر وتوكيلهما لثالث جائز والفرق بين الوصي والوكيل ان الوصي يتصرف بالولاية كالاب بخلاف الوكيل فانه يتصرف بالاذن فيتبع مدلول ويتبعه مقوله وليس للحاكم ان يضم الى احد الفرق ايضا بين الوصي والوكيل حيث ان موت احد الوصيين على الاجتماع يجوز للحاكم الضم والفرق انه لا ولاية للحاكم هنا على الموكل بخلاف الوصي لان النظر في حق الميت واليتيم اليه واذا تعذر احد الوصيين صار الاخر بالنسبة الى التصرف بمنزلة عدم الوصي اذا لم يرض برأيه منفردا فيشاركه الحاكم شرطه **قوله** ولو وكل زوجته او عبده ثم طلق الزوج واعتق العبد لم تبطل الوكالة اذا لا دخل للعبودية والزوجية في صحة الوكالة نعم لو باعه توقف فعله على اذن المشتري كالو وكل عبد غيره ابتداء حتى لو رد الوكالة بطلت فلا يجب كونه لم يستاذن المشتري نفذ تصرفه وان كان واجبا **قوله** اما لو اذن لعبده في التصرف في ماله ثم اعتقه بطل الاذن لانه ليس على حقيقة الوكالة بل هو اذن تابع للملك وقد عرفت في اول الوكالة ان صيغتها لا تنحصر في لفظ بل يصح بكل ما دل على الاذن في التصرف ومع ذلك يشكل الفرق بين توكيل العبد والاذن له في التصرف حيث لا يبطل الوكالة باعتاقه ويبطل الاذن الا ان يستفاد ذلك من القرائن الخارجية الدالة على ان مراده من الاذن ما دام في رقه ومراده من الوكالة كونه ماذونا مطلقا ومع فلا فرق بين كون الاذن بصيغة الوكالة وغيرها مع احتمال الفرق فيبطل مع الاذن المجرد لا مع التوكيل بلفظها حملا لكل منهما على مفهومه بان ذا الوكالة لم تستلزم امتيازا للاذن بل بناء على حكمها ودل عليه فلا فرق بين الصيغتين ويحتمل عدم بطلانهما مع البيع دون العتق لان اهليته للتاهل للوكالة على وجه اقوى من الحالة الاولى بخلاف البيع لاشتغاله بشغل لمحض حق المشتري فيمتنع بقاؤها من دون اذنه وضعفه ظاهر لا ينفك عن توكيل عبد الغير فانها لا تبطل ببيعه وان كان الثاني منها لكن لا هنا نعم لو صرح المالك بالاذن التابعة للملك والوكالة التي لا يتوقف على بقائه فلا ريب في ابتائه وتحقق الفرق بين الاذن والوكالة ووجب الحكم بزوال الاذن بالعتق والبيع معا وبقاء الوكالة في الاول مطلقا وفي الثاني مع توقفها على اجازة المشتري **قوله** واذا وكل انسانا في الحكومة لم يكن اذنا في قبض الحق او وكل من لا يستامن على المال وكذا لو وكله في قبض المال فانكر الغريم لم يكن ذلك اذنا في المحاكمة اذ قد لا يرتضي للخصومة كان الملا ولان الاذن مقتضيا للفعل بل دل عليه من غير بعد وان ادنى الاجمع الا الخارجية على الفعلين كما لو كان الملاكي الاذن في كل من الخصومة والاستيفاء غير متناول للاخر اذ لا يدل الاذن في احدهما على الاخر باحدى الدلالات اما المطابقة والتضمن فظاهر واما الالتزام فلما ذكره المصنف التعليل فانه لا يلزم من الاذن في الخصومة الاذن في القبض لجواز ان يكون الماذون عادما بالحكام للخصومة ودقائقها وليس بامين على المال كما هو الواقع في كثير وكذا العكس لجواز كونه امينا وليس بعارف بالاحكام

المنازعات كما هو الاغلب في كثير من الصالحين الذين يستأمنون على المال ولا يصلحون للحكومة **قوله** لو قال وكلتك في قبض حقي من فلان فمات لم يكن له مطالبة الورثة اما لو قال وكلتك في قبض حقي الذي على فلان كان له ذلك والفرق بين الصيغتين ان من متعلقة بفعل الامر وهو اقبض وبعد لو جاء المديون فيها تعيين لمبدأ القبض ومنشأه وهو فلان المديون فلا يتعدى الامر الى وارثه لان قبضه من الوارث ليس قبضا من المديون نعم له القبض من وكيل المديون لان يده يده وهو نائب عنه بخلاف الوارث فان الملك لم ينتقل اليه بحق النيابة بل من ثم بحيث لو حلف على فعل شيء بفعل موكله له لا بفعل وارثه واما الذي على فلان فجملة الموصول والصلة صفة للحق وليس فيه تعيين المقبوض منه وجميل الاذن متعلق بقبض الحق الموصوف بكونه في ذمة فلان فالوكيل يتبع الحق حيث ما انتقل فان قيل وصف الحق بكونه على فلان يشعر بحصر القبض فيه لان الصيغة اذا زال بموته لم يكن الحق المتعلق بالوارث موصوفا بكونه في ذمة فلان فلا يكون هو الموكل فيه قلنا الوصف انما يفيد الاحتراز به عن دين اخر له في ذمة شخص اخر ولا اشعار له بتخصيص القبض وينبغي ان لا يكون له دين اخر على غيره فان تحققت هنا فالمرجح التوضيح فيكون كالوقال ايع عبدي الناتم احد الاكل وما شاكلها من الاوصاف فان له بيعه وان انتبه وترك الاكل **قوله** ولو وكله في بيع فاسد لم يملك الصحيح كالو قال له اشتر لي كذا الى اجل كذا فان العلات لو تقدم الحاج او بعد كذا ومات كله ولا فرق في ذلك بين ان يكونا عالمين بالفساد وجاهلين او بالتفريق وانما لم يملك الصحيح لعدم التوكيل فيه فيقع فضوليا ورد بذلك على ابي حنيفة حيث زعم انه يقتضيه كما لا يملك الصحيح لا يملك الفاسد لان الله تعالى لم ياذن فيه والموكل لم يملكه فالوكيل اولى فلو اشترى به وسلم الثمن او باع كذلك وسلم المبيع ضمن **قوله** وكذا لو وكله في ابتياع معيبة لم يكن له ابتياع الصحيح وقد قام مع الاذن لكن هنا ان لا اشترى المعيب لانه امر مشروع والاغراض يتعلق به كما يتعلق بالصحيح ثم عين المبيع لم يجز لفظ الاعرض سواء ساواه ام قصر ام زاد عليه وان اطلق صح شراء ما يطلق عليه اسم المعيب **قوله** واذا كان لانسان على غيره مال فوكله ان يبتاع له به متاعا جاز ويبرأ بالتسليم الى البايع انما توقفت البراءة على التسليم الى البايع لان الدين لا يتعين الا بتعيين مالكه او من يقوم مقامه وما لم يعينه الاصل يقتصر حمله ثمنا لان البناء يقتضي المطالبة ولا يصير ثمنا مع كونه في الذمة بحيث يتحقق البراءة منه الا بقبض البايع له وتقديره قرارا قبل الشراء ومعه لا يتحقق البراءة منه الا بقبض المالك او من يقوم مقامه وليس هنا الا بقبض البايع الا ان هذا القسم خارج عن مواضع الغرض لمتقرر من ان مقتضى الشراء بالدين جعله ولا له في اللفظ على اقراره فيقتصر على موضع اليقين وكلما نع من جعله على هذا الوجه ثمنا للمبيع في المجالس **قوله** ولا يشهد وامرأتين ولا بشاهد ويمين على قول المشهور هذا هو المشهور ولا نعلم فيه مخالفا ولان متعلق الشاهد اليمين والشاهد والمرأتين الحقوق المالية والغرض من الوكالة الولاية على التصرف والمال قد ترتب عليها لكنه غير مقصود بالذات من ماهيتها وبكل الحكم فيما اشتملت على الدعوى الجهتين كالو ادعى شخص على اخر وكالة بجعل واقام شاهدا وامرأتين او شاهدا وحلف معه والظاهر انه يثبت المال لا الوكالة ولا يقدح ذلك في تبعض الشهادة ومثله ما لو اقام ذلك بالسرقة فانه يثبت المال لا القطع ولان العصمة بالدات هنا المال لا الولاية نعم لو كان ذلك قبل العمل فيتجه عدم الثبوت لان انكار الولاية اطل هاد المال لم يثبت بعد ويكون نسبته الى القول الاول كنسبة الشهرة بتوقفه ضرر لا سيما ذلك فيكون التوقف في عموم الحكم الى اصله **قوله** ولو شهد احدهما بالوكالة في تاريخ والاخر في تاريخ اخر قبلت شهادتهما وكذا لو شهد احدهما انه وكله بالعجمية والاخر بالعربية لان ذلك يكون اشارة الى المعنى الواحد ولو اختلفا في لفظ العقد بان يشهد احدهما ان الموكل قال وكلتك والاخر

انه قال استنبتك لم يقبل لانها شهادة على عقدين اذ صيغة كل واحد منهما مخالفة للاخرى وفيه تردد اذ مرجعه الى انهما اشهدا في وقتين والمشهور في عبارات الاصحاب وغيرهم ان الشاهدين بالوكالة اذا اختلفا تاريخها شهدا به لم يثبت الوكالة بذلك لان كل صيغة واقعة في وقت منهما لم يقم بها شاهدان واحد بها غير الاخرى الا ان يشهد باقراره بها في وقتين فيثبت والمعتبر في الطلاق كما بينها بل ظاهره في الاول ان شهادتهما بنفس الوكالة في تاريخين ولكن تعليله يعم جميع الشهود في الوقت الواحد قد يستفاد منه ان المناط وضع على جهة الاقرار لان الصيغة اذا وقعت مرة بقي ما بعدها اقرارا بها وعلى هذا يمكن شهادة احدهما بالانشاء والاخر بالاقرار في وقتين كما يقبل لو شهدا معا بالاقرار في الوقتين ويبقى قوله ولو اختلفا في لفظ العقد مرجعا في انشاء الوكالة ومع ذلك فاختلاف العبارة يقتضي تعدد الانشاء كما لو تعدد الوقت وان اتفقا العبارة ومرجع ترده في ذلك وتعليله الحق يقول ان مرجعه الى انهما اشهدا في وقتين يدل على ان اختلاف الوقت في العقد نفسه لا يضر لانه فرض المسئلة في اختلافهما في نفس العقد وانما يصح لو يكاد باقي لفظه بان يشهد احدهما ان العقد الواقع منه في الوقت المعين كان بلفظ وكلتك وشهد الاخر بعينه كان بلفظ استنبتك وهنا لا اشكال في عدم الثبوت والذي يظهر من العبارة ان ماعدا صورة الشاهد المحض يثبت به وان اختلف الوقت مطلقا وهو مشكل لعدم ثبوت كل واحد من الصيغتين وانما الشك فيما لو شهدا بالاقرار في الوقت المختلف لان المشهور قبوله والفرق بين الاقرار والانشاء ان الاقرار اخبار وهو يستدعي امرا خارجا مطابقا له ولا يلزم من تعدد الخبر تعدد الخارج لامكان ان يخبر عن الشيء الواحد باخبار متعددة في ازمنة متعددة بالفاظ مختلفة فيكون الامر الخارج عن نسبة الخبر مسكوتا عنه من جهة التعدد والاتحاد فيكون ذلك كالاطلاق في الشهادة من غير تعيين زمان او مكان فيثبت اصل التوكيل لاتفاقهما عليه واما انعدم التعدد في العقد الواحد بخلاف الوكالة الحقيقية في نفس عقد الوكالة فان انشاء الاحاد يستلزم لم يتصف مطابقته بل الوكالة حاصلة منه في الحال متعدد زمانه ومكانه واختلاف صيغته يوجب اختلافه ولم يتفق على احدهما شاهدان فلا يثبت فان قيل تعدد الخبر كالانشاء يستلزم تعدد الخبر عنه كما لا يستلزم اتحاده بل هو اعم منهما فلا يدل على احدهما وهو الخاص والحال انهما لم يتعرضا الانشاء بنفي ولا اثبات فلا شاهد عليه والاقرار متعدد كل واحد من افراده مغاير للاخر قلنا المثبت ان الاقرار يستدعي نسبة الى امر خارج وكان الاقرار مستلزما لحصول التوكيل في الجملة فقد حصل المقتضي للثبوت ويبقى احتمال التعدد في المخبر عنه واتحاده الا التغير قادح في الشهادة كما لو اطلقا الشهادة على الانشاء فان المانع من ذلك انما هو التعدد وهو غير معلوم فيجب القول بالمقتضي الى ان يثبت خلافه مع اعتضاده باصالة عدم التعدد هذا غاية ما يمكن توجيهه في الفرق الذي ادعوه ومع ذلك لا يخلو من نظر فكيف بالفقه المقر ويمكن ان يريد المصنف باختلاف الوكالة في المسئلتين الاقرار من حيث ان الوكالة لما كانت يتشبه باي صيغة دلت عليها فهو لو كانت عقدا لما واستنبت على كذا يكون حمله اقرارا وانشاء الاصح تصويره بان يقول انه قد وكله فيه بهذا الوقت فيكون اقرارا ولو وكله فيما مضى فيكون انشاء والكلام في المطلق واعلم ان العلامة قد نقل وحكى عن بعض العامة عدم الثبوت بذلك مطلقا مع قيام الاحتمال ولا يخلو من وجه لكن الاظهر عدم الخلاف عندنا وعند معظم العامة في الثبوت مع تعدد الاقرار **قوله** لو ادعى الوكالة عن غائب في قبض ماله من غريم فان اقام بينة وجب تسليمه وان لم يكن بينة فان انكر الغريم كونه وكيله فالقول قوله بغير يمين لان اليمين انما يتوجه اذا كان المنكر بحيث لو اعترف اقراره ضمن وليس هنا كذلك وفي بعض هذه المقدمات نظر يأتي وان صدق الغريم مدعي الوكالة فان كان الحق عينا لم يؤمر بالتسليم اليه قطعا لان اقراره يتعلق بحق المالك فلا يسمع نعم يجوز

لزم تسليمه ولا منازع غيرهما الآن ويبقى المالك على حجته فاذا حضر وصدق الوكيل برئ الدافع وان كذبه فالقول قوله بيمينه فان كانت العين موجودة اخذها وله مطالبة من شاء منهما بردها لترتب ايديهما على ماله وللدافع مطالبة الوكيل باحضارها وطلب ردها دون العكس فان تعذر ردها لتلفها وغيره تخير في الرجوع على من شاء منهما فان رجع على الوكيل لم يرجع على الغريم مطلقا لاعترافه براءته بدفعها اليه وان رجع على الغريم لم يرجع على الوكيل ان تلفت في يده بغير تفريط لانه بتصديقه له امين عنده والا رجع عليه وان كان الحق دينا ففي وجوب التسليم اليه مع تصديقه وجهان احدهما المساواة للعين لان تسليمه انما يكون عليه باستحقاق غيره لقبض حقه ولان التسليم لا يؤمن به الا اذا كان مبرئا للذمة ومن ثم يجوز لمن عليه الحق الامتناع من تسليمه للمالك حتى يشهد عليه وليس هنا كذلك لان الغائب يبقى على حجته وله مطالبة الغريم بالحق لو انكر الوكالة والثاني وجوب الدفع هنا لان هذا التصديق انما اقتضى وجوب التسليم من مال نفسه ولكن الغائب لو شرع في ذلك فلا مانع من نفوذه لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز وتوقف وجوب التسليم على كونه مبرئا مطلقا ممنوع والبراءة في زعمه هنا حاصلة والاحتجاج بجواز الامتناع للاشهاد انما يتمشى على المدفوع عليه وهو ممكن بالنسبة الى مدعي الوكالة فوجوب الدفع هنا اوجه ثم اذا حضر المالك وانكر طالب الغريم لا الوكيل وان كانت العين باقية لانه لم يقبض ماله او لا يتعين الدين الا بتعيين مستحقه او من يقوم مقامه وقد تسوغ ذلك هنا نعم للغريم العود على الوكيل مع بقاء العين او تلفها بتفريط لا بدونه لما برأته القابض من عهدتها بزعم الغريم لاعتقاده كونه وكيلا فيكون امينا وقد ظهر من ذلك ان الغريم اذا انكر وكالة المدعي لها وكان الحق دينا يتوجه عليه اليمين على نفي العلم معا وتعا منه عليه لانه لو اقر لزمه التسليم بخلاف ما لو كان عينا فلا يقتضي القاعدة المشهورة ان كل من لو اقر بشيء يلزمه لو انكر يتوجه عليه اليمين **قوله** اذا اذن الوكيل ان يوكل فان وكل عن موكله كانا وكيلين له فاذا اذن له ان يوكل فلا يخلو اما ان ياذن له في التوكيل عن نفسه او عن الموكل او يطلق فالاقسام ثلثة وقد يكون التوكيل مستفادا من القرائن الحالية كاتساع متعلق الوكالة وترفعه عن المباشرة او الحالية كانت وكيل معوض فني القسم الاول لا اشكال في كونه الوكيل الثاني يكون نائبا عن الاول فينعزل كالنائب بعزل كل من الوكيل والموكل له وبموته وبانعزال الاول لانه فرع عنه وبابنه وحق القسم الثاني يكون الثاني وكيلا عن الموكل كالاول فليس لاحدهما عزل الاخر ولا ينعزل بموته ونحوه من اسباب العزل وانما ينعزل بعزل الموكل او خروجه عن اهلية الوكالة وفي الثالث وجهان احدهما انه وكيل عن الوكيل لان الغرض من ذلك تسهيل الامر عليه وثانيهما ان يكون وكيلا للموكل لان التوكيل تصرف يتولاه باذن الموكل فيقع عن الموكل ولان ذلك هو المتبادر حيث ان الحق بالاصالة للموكل بالبناء عنه وفي هذا الوجه قطع وعده كثير وتوقف في كره لانه نقل الوجهين عن الشافعية ولم يرجح شيئا وثالثها التخيير بين ان يوكل نفسه وعن موكله وهو ظاهر عبارة الكتاب لانه فرض الاذن مطلقا ثم قال فان وكل عن نفسه وان وكل عن موكله ووجه التخيير صلاحية الاطلاق لهما لصدق الوكيل الماذون فيه على التقديرين وهذا الوجه قوي ان كان قوله لاحتمال العبارة على تقدير انحصار الامر في الوجهين الاولين يمكن حملها على ما يوافقهما بان يجعل قوله فان وكل عن موكله بان كان مضمون توكيل الموكل له كذلك والقسم الاخر الا انه لا ضرورة الى ذلك فان المسئلة محتملة والوجه اليس ببعيد واما القسم الرابع وهو ما لو كان مستند الاذن في التوكيل القرائن الحالية يحتمل الاوجه الثلثة وتوقف في كره وقطع في يره ان الثاني يكون وكيلا للوكيل وهو متجه في القسم الخامس وهو القرينة المقالية يكون كما لو اطلق **قوله** ويجب على الوكيل تسليم ما في يده

الى الموكل مع المطالبة وعدم العذر فان امتنع من غير عذر ضمن ولو كان هناك عذر لم يضمن وما بيد الوكيل من المال الذي
وكله في بيعه وثمنه على تقدير البيع والمبيع الذي اشتراه للموكل وغيرها امانة في يده باذن المالك فلا يجب عليه ايصاله
قبل طلبه وانما يجب مع الطلب والامكان الدفع وليس المراد بالقدرة الفعلية عقيب الطلب فيها نحو ما يكتب ضده من العادة
وان كان على خلاف العادة بل يرجع ذلك الى العرف فيرجع الى العرف العام ويعتبر ما يعتد به عذرا فيهما وان كان مقدورا
كاتمام الصلوة عند الطلب في اثنائها وان كانت نفلا او التشاغل بها لضيق الوقت وان كان الطلب قبل الشروع فيها
عند رشراقي والفراغ من الحمام واكل الطعام ونحوه للعرف الاعتداد والعرفية خارج بدون ذكره والعجائب في الوديعة فيه حكم
ما نه لا يعذر في ردها مع الطلب الا بقصد الوصول الى الوديعة واكمال صلوة الفرض دون النفل وغيره من الاعذار والعرفية
مع ان الامر في الوديعة اسهل على المودع لانها مبنية على الاحسان المحض الذي يناسبه التسهيل بخلاف الوكالة اذ قد يتعلق بها
اغراض للوكيل كالجعل وغيره فلا اقل من المساواة قوله ولو ادعى بعد ذلك تلف المال قبل الامتناع او ادعى الرد قبل
المطالبة قيل لا يقبل دعواه وان اقام بينة والوجه انها يقبل ش اذا امتنع من رد المال على الموكل فقد يكون امتناعه
بمجرد تقصير ومطل وقد يكون بالجحود وعلى تقدير الجحود فقد يكون جحوده بقوله لا حق لك عندي ولا يلزمني دفع شيء اليك
او ما في معناه او ما قبضت منك شيئا وفي الاولين لو ادعى تلف المال قبل الامتناع او رد المال قبل المطالبة قبل دعواه
وقبوله وبينته ظاهر لانه لم يكذبها باستناده الاول بل هو مؤكد لدعواه فانه اذا رده فلذا الامتناع من الاجابة يعني والجحود
بمعنى قوله لا حق لك ونحوه وان كان صيغة جحوده انكار عدم تسليمه اصلا ونحوه فقد كذب بدعواه الثانية الاولى في كذب
بدعواه الاولى ببينته على الرد او التلف وبهذا وجه القول بعدم سماعها ووجه ما اختاره المص القبول لجواز استناد انكاره
الى سهو ونسيان وعموم البينة على المدعي واليمين على من انكره ويقوى ذلك ان الظاهر لا يكاد هذا التاويل وجه
ولو ادعى على الموكل العلم بصحة دعواه فالظاهر له احلافه وان لم يسمع دعواه واعلم ان عبارة المص تقتضي عدم الفرق
بين الاقسام الثلثة وان الخلاف واقع فيها اجمع من حيث اطلاقه الامتناع والاشكال في الاولين ضعيف ومنهم
من قوله فادعى تلف المال قبل الامتناع او الرد انه لو ادعى ذلك بعد الامتناع ان قوله لم يسمع وبينته يقبل وجه
حسن اذ لا تكذيب ح غايته ان يكون ضامنا بامتناعه متعديا وغاصبا وذلك لا ينافي سماع دعواه وقبول
بينته والحلف العلامة في الارشاد عدم سماع دعواه في الصور ويقوى في الارشاد السماع هنا وعلى هذا الحكم
في الرد واضح واما في دعوى التلف فيقبل من جهة العين ويلزم المثل او القيمة لانه صار بجحوده ضامنا قوله كل من في يده
مال الغير او في ذمته له ان يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بالقبض وفصل اخرون والاول اشبه ووجه التفصيل
ان ما يقبل قول الدافع في رده لا يتوجه عليه ضرر بترك الاشهاد لان قوله مقبول في رد يدفع الغرم عن نفسه فلا ولا
يقبل قوله فقيد بعضهم هذا القسم بانه ان كان بالحق بينة لم الامتناع حتى يشهد الاخذ لانه وان لم يقبل قوله في
الرد لكن يمكنه انكار اصل الحق على وجه يصدق بان يقول انه لا يستحق عندي شيئا فيقبل قوله كالقسم الاول والاقوى ما
اختاره المص لان تكلف اليمين ضرر عظيم وان كان صادقا فان الشارع قد رتب الثواب عليها لا بد في اصل العذر
خصوصا في بعض الناس من ذوي المراتب فان ضرر الغرامة عليهم اسهل من اليمين واعلم ان في قول المص حتى يشهد صاحب
الحق بالقبض تجوزا لان الغرض اذ كان الامتناع من الاقباض حتى يشهد كيف يكون الحق الاشهاد بالقبض ولم يقع فانه ليس

بصحيح وكان حقه ان يقول حتى يشهد على القبض والامر في الجواب سهل اذ المعنى على انه دافع لغيره ومنه قوله ع
وضمنا من كان منه بينة اي على تقديرها وقوله كل من بيده او في ذمته يشمل نحو الحقوق الواجبة كالزكوة فلها حق
في الذمة او في دين على تقدير غرمها وليس له التاخير الى ان يشهد على دفعها قوله الوكيل في الايداع اذا لم يشهد على
الودعي لم يضمن ولو كان وكيلا في قضاء الدين فلم يشهد بالقبض ضمن وفيه تردد الفرق ان الايداع مبني على الاخفاء
وهو فيها امر مطلوب بخلاف قضاء الدين بل هو على الضد فلان الودعي قوله مقبول في الرد والتلف فلا يؤثر الاشهاد
في تغريمه بخلاف المديون ووجه التردد في الحكم ما ذكرناه من عدمه لان مطلق الامر على الاشهاد وتحصيل الامتثال
بدونه وتردد المص يمكن كونه في مجموع الحكم في المسئلتين او في المسئلة الثانية وهي مسئلة الدين خاصة فلا
ينافي ما سبق في الوديعة من حكمه بعدم الضمان بترك الاشهاد ويمكن كونه في كل واحدة من المسئلتين فيكون
رجوعا عن السابق والاقوى الاول كما هو من تقييد الحكم بكون الاداء بغير حضرة الموكل والا انتفى الضمان لان
التفريط ح مستند الى الموكل قوله اذا تعدى الوكيل في مال الموكل ضمن ولا تبطل وكالته لعدم التنافي ش نبه بذلك
على خلاف بعض العامة حيث زعم انها تبطل بالتعدي لانها امانة فيرتفع بزوالها كالوديعة وبطلانه ظ لما ذكره المص
من عدم التنافي بين الضمان والاذن وتحريره ان الوكالة تضمنت شيئين الامانة والاذن في التصرف فاذا
تعدى زالت الامانة وبقي الاذن بحاله كما ان الرهن لما اشتمل على شيئين ايضا الامانة والتوثق لم يبطل الثاني
ببطلان الاول بالتعدي عند الجميع وبهذا يحصل الفرق بينها وبين الوديعة فان الوديعة لم يشتمل الا على الامانة
فاذا ارتفعت بقيت مضمونة مع انا نمنع بطلان الوديعة مط قوله ولو باع ما تعدى فيه وسلمه الى المشتري برئ
من ضمانه لانه تسليم ماذون فيه فجرى مجرى قبض المالك ش لا خلاف في زوال الضمان عنه بالتسليم الى المشتري لما ذكره المص
ولان المشتري قد ملكه فاذا وصل اليه باذن المالك زال الضمان وانما الكلام في زواله بمجرد البيع فانه يحتمل ذلك لخروجه
عن ملك الموكل بدخوله في ملك المشتري وضمانه وعدمه لانه لو بطل العقد بتلفه قبل قبض المشتري فيكون التلف
على ملك الموكل وهذا اقوى وقد تردد في التذكرة ولو قبض الثمن في موضع الجواز لم يكن الثمن مضمونا عليه وان كان اصله مضمونا
لقبضه باذن الموكل ولم يتعد فيه ومثله ما لو تعدى في الثمن ثم اشترى به وقبض المبيع ولو رد عليه بعيب ففي عود الضمان
فيها لوجودها العدم لانتقال الملك الى المشتري بالعقد وبطلان البيع من حينه لا من اصله وموضع الاشكال على تقدير
جواز رده عليه قوله اذا اذن الموكل لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع جاز وفيه تردد وكذا في النكاح ش القول
بالجواز للاكثر لوجود المقتضي وهو اذن المالك له في البيع المذكور وانتفاء المانع اذ ليس الا كونه وكيلا وذلك لا
يصلح للمانعية ووجه التردد مما ذكر ومن قول الش وجماعة بالمنع منه للتهمة ولانه يصير موجبا قابلا وهذا المانع
عنده ولا ريب في قوة جانب الجواز لمنع التهمة مع الاذن ومراعاة للمصلحة المعتبرة في كل وكيل وجواز تولي الواحد طرفي
عندنا ولو اطلق له الاذن ففي جواز بيعه من نفسه قولان واولى بالمنع هنا وقد ذهب جماعة من مجوزي الاول الى
المنع مع الاطلاق لما تقدم ولان المفهوم من الاستنابة في البيع البيع على غيره ولا يبعد ولو مع الاطلاق وقد ورد
مع ذلك روايات على المنع من شراء الوكيل من نفسه منها رواية هشام بن الحكم عن الصادق عليه السلم اذا قال
لك الرجل اشتر لي فلا تعطه من عندك وان كان الذي عندك خيرا منه وفي حديث اخر عنه ع ونحوه وتلا ا

عرضنا الامانة الاية ويمكن الاحتجاج به على منع البيع ايضا لعدم الفرق والقائل به ذهب الى الجواز للاصل وجوازه
في الجد فكذا في الوكيل وللمغايرة الاعتبارية وهي المعتبرة في الجميع وقد ظهر بذلك ان الخلاف في هذه المسئلة ليس باعتبار
تولي الواحد طرفي العقد لان جماعة قائلون بجوازه مع منعهم هنا ولانه يكفي المغايرة بتوكيله في القبول ان لم يجز في الايجاب
نعم يزيد الحكم بالجواز بعدا عند القائل بمنع تولي الطرفين والخلاف في المسئلة في موضعين ويتحصل الى ثلثة احدها ان الوكيل
هل يدخل في اطلاق الاذن ام لا الثاني مع التصريح بالاذن هل له ان يتولاه لنفسه وان وكل في القبول ام لا الثالث على
القول بالجواز مع التوكيل هل يصح تولي الطرفين ام لا ويتجه على المنع في الثلاثة والعلامة في المختلف على الجواز في الثلثة وفي
غيره في الاخيرين والمص يجوز الاخير ويمنع الاول وقد تردد في الوسط قوله اذا اختلفا في الوكالة فالقول قول المنكر
لانه الاصل ش لا فرق في ذلك بين كون منكر الوكالة الموكل او الوكيل للاصل ومن ثم اطلق المنكر وتوجيه كون منكرها الموكل
ظاهر واما انكار الوكيل فيمكن فرضه فيما لو كان التوكيل في بيع شيء مشروطا في عقد لازم وشرط ايقاعه في وقت معين و
حصل الاختلاف بعد انقضائه في حصول التوكيل فادعاه الموكل ليخرج عن العهدة ويصير العقد لازما وانكره الوكيل و
نحو ذلك قوله ولو اختلفا في التلف فالقول قول الوكيل لانه امين وقد يتعذر اقامة البينة بالتلف غالبا فاقتنع بقوله
دفعا لالتزام ما تعذر غالبا في المراد بتلف المال الذي بيده على وجه الامانة ليدخل فيه العين الموكل في بيعها قبله وثمنها
بعد قبضه بعده والعين الموكل في شرائها كذلك ووجه القبول مع مخالفته الاصل بعد الاجماع ما ذكره المص ولا فرق بين
التي يدعي تلفها بسبب ظاهر كالغرق والحرق وخفي كالسرق عندنا وفي حكمه الاب والجد والحاكم وامينه والوصي وقد تقدم
القول في مثل بعض الامناء قوله ولو اختلفا في التفريط فالقول قول منكره لقوله البينة على المدعي واليمين على من انكره ويمكن ان يريد بالتفريط
ما يشمل التعدي لما اشتركا فيه في الحكم واستعمال احدهما في الاخر كثيرا وانما لان التفريط اذا عدي بعلى ضمن معنى التقصير واذا
عدي بفي ضمن معنى التعدي كما نص عليه الجوهري ومن الثاني قوله تعالى انا نخاف ان يفرط علينا وقد ذكر ههنا اهل اللسان حرف
التعدية بتحميل الامرين قوله اذا اختلفا في دفع المال الى الموكل فان كان بجعل كلف البينة لانه مدع وان كان بغير جعل
فالقول قوله كالوديعة وهو قول مشهور وقيل القول قول المالك وهو الاشبه ش وجه عدم قبول قوله مط ولم يخف لاصالة عدم الرد
وعموم البينة على المدعي واليمين على من انكر والتفصيل بقطع الاشتراك والقائل بالتفصيل نظر الى انه مع عدم الجعل اليد
قد قبض المال لمحض مصلحة المالك فكان محسنا محضا فكان قبول قول الودعي بجامع ما عليه كقولهم انه يؤدي الى الاعراض
عن قبول النيابة في ذلك وهو ضعيف وفيه ان الامانة لا يستلزم القبول كمن قبض الحق لنفسه مع كونه امينا والضرر يندفع
بالاشهاد والتقصير في تركه منه والاحسان لا ينافي عدم قبول قوله في الرد وكونه موجبا للسبيل المنفي عنه يندفع بان اليمين
عليه سبيل ايضا فليس بمندفع ويمكن الجواب بان السبيل المنفي نكرة منفية فتعم الا ما اخرجه الدليل واليمين ثابت بالاجماع
فكان خارجا فيبقى الباقي والحق ان قبول قول الودعي ان كان خارجا بالاجماع فهو الفارق والا فالفرق في الاجماع بعد
فتقدم الكلام على ذلك قوله اما الوصي فالقول قوله في الانفاق لتعذر البينة فيه وفي تسليم المال الى الموصى له وكذا القول
في الاب والجد والحاكم وامينه مع اليتيم اذا انكر القبض بعد بلوغه ورشده ش ظاهرهم هنا عدم الخلاف في تقديم قول
الوصي له واليتيم في عدم القبض وهو يؤيد تقديم قول الوكيل فيه لاشتراك الجميع في العلة بل ربما كان الاحسان هنا اقوى
اما الانفاق فيخرج من ذلك مع ان الاصل عدم ما يدعيه المنفق لعسر اقامة البينة عليه في كل وقت يحتاج اليه ويلزم

لحرج والعسر المنفيين بخلاف تسليم المال قوله اذا ادعى الوكيل التصرف وانكر الموكل مثل ان يقول بعت او قبضت قيل
القول قول الوكيل لانه اقر بما له ان يفعله ولو قيل القول قول الموكل امكن لكن الاول اشبه ش وجه الاشبه انه امين وقادر
على الانشاء والتصرف اليه ومرجع الاختلاف الى فعله وهو اعلم به ووجه تقديم قول الموكل ظاهر لاصالة عدم الفعل و
قد اختلف كلام العلامة في هذه المسئلة فجزم في الارشاد بتقديم قول الوكيل من غير نقل خلاف وقرب في عد وجزم
في كره تقديم قول الموكل ان كان النزاع بعد عزل الوكيل واستقرب كون الحكم قبل العزل اشكاله لاصالة عدم التصرف و
اصالة بقاء الملك على مالكه وتوقف في ير والاجود الاول واعلم انه لا يحتاج الى تقييد التصرف في فرض المسئلة بكون
الثمن قد تلف في يد الوكيل بان يقول مثلا بعت وقبضت الثمن وتلف في يدي كما ذكره بعضهم تبعا للشيخ بذلك في
المبسوط لان الكلام في دعوى الوكيل التلف قد ذكر سابقا وهو امر خارج عن هذه المسئلة وانما حاصل هذه دعوى
الموكل عدم التصرف بالبيع ونحوه ليرجع العين والوكيل يدعي الفعل سواء ترتب عليه مع ذلك دعوى التلف ام لا قوله
اذا اشترى انسان سلعة فادعى انه وكيل لانسان فانكر كان القول قوله مع يمينه ويقضى على المشتري بالثمن سواء
اشترى بعين او في الذمة الا انه يكون ذكر انه ابتاع له حالة العقد ش اذا حلف المنكر اندفع الشراء عنه وحكم به للمشتري
ظاهرا والزمه بالثمن ويجب تقييده بما زاد على ما استثناه المص بعدم اعتراف البايع بكونه وكيلا او كون العين التي اشترى
بها ملكا للمنكر او قيام البينة بذلك والا بطل ايضا كما لو ظهر استحقاق احد العوضين المعينين قوله ولو قال الوكيل
ابتعت لك فانكر الموكل ففي المسئلتين ان الاختلاف راجع الى الصحة ولا يعرف الا من قبله فيرجع اليه فيه وهل يلزمه ملك
بين الطرفين ذلك اما بناء على سماع دعوى التهمة او لامكان اطلاع الموكل على الحال فيرده فيلزمه ذلك نعم لو صرح بكون ضده
من غير وجه يحتمل احتمل عدم سماع الدعوى قوله اذا زوجه امرأة فانكر الوكالة ولا بينة كان القول قول الموكل مع يمينه
ويلزم الوكيل مهرها وروي نصف مهرها وقيل يحكم ببطلان العقد في الظاهر ويجب على الموكل ان يطلقها ان كان يعلم
صدق الوكيل وان يسوق لها نصف المهر وهذا اقوى ش وجه الاول ان المهر يجب بالعقد كملا وانما ينتصف بالطلاق وليس
قد فوته الوكيل عليها بتقصيره بترك الاشهاد فيضمنه وهو خيرة الشيخ الثاني هو المشهور بين الاصحاب واختاره
الشيخ في ايضا في ط ومستنده ما رواه عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلم في رجل قال لاخر اخطب لي فلانة فما
فعلت من شيء مما قاولت من صداق او ضمنت من شيء او شرطت فذلك رضى لي وهو لازم لي فشهد على ذلك فذهب فخطب
له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طلبوه وسألوه فلما رجع اليه انكر ذلك كله قال يغرم لها نصف الصداق عنه وذلك
انه هو الذي ضيع حقها فلما ان لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال له حل لها ان تتزوج ولا يحل للاول فيما بينه وبين
الله الا ان يطلقها لان الله تعالى يقول فامساك بمعروف او تسريح باحسان فان لم يفعل فانه مأثوم فيما بينه وبين الله
عز وجل وكان الحكم الظاهر حكم الاسلام قد اباح لها ان تتزوج ولانه فسخ قبل الدخول فيجب معه نصف المهر كالطلاق وفي
الخبر منع في سند الحديث ضعف ولو صح لم يكن العدول عنه والقول الثالث الذي اختاره قوي ووجهه واضح فانه اذا انكر الوكالة
وحلف على نفيها انتفى النكاح ظاهرا ومن ثم يباح لها ان تتزوج وقد صرح به في الرواية فينتفي المهر ايضا لان ثبوته تابع
على لزوم العقد ولانه على تقدير ثبوته انما يلزم الزوج لانه عوض البضع والوكيل ليس بزوج نعم لو ضمن الوكيل المهر كله او نصفه
لزمه ما ضمن ويكون حال الرواية عليه واما وجوب الطلاق على الزوج مع كونه في نفس الامر وجوب نصف المهر عليه فواضح لانه

في النهاية ره

165

[illegible]

166

بسم الله الرحمن الرحيم وبه ثقتي وتوكلي واعتمادي

قوله كتاب الوقف والصدقات الوقف عقد ثمرته تحبيس الاصل واطلاق المنفعة عرّف الوقف ببعض خواصه تبعا للحديث الوارد عنه صلى الله عليه وسلم فاحبس الاصل وسبّل الثمرة والمراد بتحبيس الاصل المنع من التصرف فيه تصرفا ناقلا للملك وبتسبيل الثمرة اباحتها للجهة الموقوف عليها بحيث يتصرف فيها كيف شاء كغيرها من الاملاك وعدل المصنف عنه الى اطلاق المنفعة لانه اظهر في المراد من التسبيل ومع ذلك فليس تعريفا حقيقيا والا لانتقض بالسكنى وقسيميها لانهما يقتضيان الحقيقتين [illegible]

[illegible]

الرجوع فيه ولو ثبت لعلم الآن برضوا به بعد موته فيلزم او يحكم بلزومه حاكم قوله وقيل يمضي من اصل التركة والاول
اشبه هذا هو الاظهر وقد تقدم الكلام فيه وسيأتي تحقيقه في الوصايا قوله ولو جهل المتقدم منها يقسم على الجميع
بالحصص ولو اعتبر بالقرعة كان حسنا وجه الاول اصالة عدم تقدم كل منهما على الآخر فيحكم بالاقتران لان ذلك قضية
كل حادثين اشتبه سبق كل منهما بالآخر وتأخره عنه ووجه القرعة انها لكل امر مشتبه او معلوم عند الله مشتبه عندنا
وهو هنا كذلك وهذا هو الاقوى لكن ان احتمل السبق والاقتران في كل منهما افتقر الى رقاع الوضع الحال على جميع
التقادير الممكنة وهي سبق كل واحد ولحوق الباقي مترتبا ومقترنا واقتران الجميع وان علم عدم الاقتران تحقق
على كتابة رقاع لسبق كل واحد فاذا خرج واحد قدم ثم اخرج على الباقي الى ان يبقى واحد فيكون هو المتأخر وكيفية
القسمة على الاول لا يخلو من اشكال لان الغرض استخراج ما يكون من الفروض وهو هنا على تقدير كون الواقع وقفا وعتقا
وبيعا بالمحاباة كما فرضه المصنف او لا ثلثة عشر تتبعها مع سبق الوقف ثم العتق ثم البيع او مع تقدم البيع على العتق وسبق
العتق ثم الوقف ثم البيع او مع تقدم البيع وسبق البيع مع الصورتين فهذه ست ومقارنة اثنتين منها وهي ست ايضا
باقتران العتق سابقين وتأخر البيع ولاحقين له ويقارن الوقف والبيع سابقين على العتق ولاحقين له ويقارن العتق
والبيع سابقين على الوقف ولاحقين له واقتران الثلثة فيفتقر القرعة الى كتبة رقاع بعض على جميع الاحتمالات لا ان يخرج
فيكتب سبع رقاع في احديها الوقف وفي الثانية العتق وفي الثالثة البيع وفي الرابعة الوقف والعتق وفي الخامسة
الوقف والبيع وفي السادسة العتق والبيع وفي السابعة اجتماع الثلثة ثم يخرج واحدة فان ظهر احد المنفردين قدم
واخرج الاخرى فان ظهر منفرد او اجزاء يجتمع معه عمل به ثانيا واستغنى عن الثالث فان ظهر السابق مع غيره او الثلثة
اطرحت واخرج غيرها كما ذكر وان ظهر اولا رقعة الثلثة افاد الاجتماع او رقعة اثنتين حكم منهما سابقا وحكم بتاخر
الثالث ولو كتب ابتداء ثلث عشر رقعة بعدد الاحتمالات واخرج على الوجه الذي صورناه فالظاهر الاجزاء هذا هو الذي
يقتضيه تحقيق حال القرعة والاحكام الاخرى حال من تحريره قوله واذا وقف شاة كان صوفها ولبنها الموجود داخلا
في الوقف ما لم يستثنه نظرا الى العرف كالوبر عملا بالنظر الى العرف على انهما لا يدخلان في الوقف لانهما منافع خارجة
عن حقيقة الشاة التي تعلقت صيغة الوقف بها لكن لما دل العرف على كونهما كالجزء منها ثبتا دخلهما العقد كما ثبتا دخلهما
البيع بخلاف الحمل فانه وان كان يشابههما في الاتصال الذي هو في قوة الانفصال الا ان العرف يجعله كالجزء والاصل
عدم دخوله كغيره ولا دليل خارج كغيره والمراد ان الصوف واللبن موجودان على الظهر وفي الضرع فلو حلب اللبن او
جز الصوف لم يدخل قطعا ولا يرد ان تناول العقد لهما يقتضي كونهما من جملة الموقوف عملا بمقتضى العقد فلا يجوز
التصرف فيهما كالاصل لانا نمنع من كون تناول العقد يقتضي ذلك وانما يقتضي تحبيس الاصل واطلاق الثمرة وهما
من جملة الثمرة فيلحقهما حكمها كما يشملهما اسم الثمرة اذا تجدد او انما دخلا في العقد تبعا بدلالة العرف كما قررناه ولو كان
الموقوف شجرة فثمرتها الموجودة للواقف والمتجدد للموقوف عليه كالحمل وحكم الاغصان الموجودة المعتادة للقطع حكم الثمرة
بالنسبة الى المنفعة لكنها لا تدخل في الوقف مطلقا كالصوف على الظهر ولا فرق في الثمرة بين النخل وغيرها فلا يدخل الموجود
وان لم يؤبر فان ذلك التفصيل حكم يختص بالبيع كما سلف قوله ان يكون عينا مملوكة في يطلق العين على ما يقابل
الدين فيقال المال اما عين او دين وعلى ما يقابل المبهم وعلى ما يقابل المنفعة فيقال المال اما عين او منفعة ويجوز الآن ارادة

الوقف

بالعين

بالعين هنا من كل واحد من الثلثة لعدم جواز وقفها وقد اشار في التفصيل الى الاولين منها وترك الثالث اما عدم جواز
وقف الدين فظاهر لان الوقف يقتضي اصلا يحبس ومنفعة تطلق وذلك يقتضي امرا خارجا يحكم عليه بالتحبيس والدين في
الذمة امر كلي لا وجود له في الخارج فوقفه قبل التعيين كوقف المعدوم ومن ثم لو قبضه وافرد جواز هبة الدين لغير من هو
عليه لما ذكرناه ولا يقدح تجويز هبته لمن هو عليه لانها ترجع الى ابراء واسقاط لما في الذمة فلا يتوقف على عين خاصة
الوقف فانه يقتضي عينا يدوم نفعها مع بقائها وتقييدها عن التصرف ولكن يشكل ذلك عند القائل بجواز هبة الدين لغير
من هو عليه مع توقفه على قبضه فانه يلزم الجواز هنا كذلك وما يقال في الفرق من ان الوقف شرطه التنجيز ومع عدم
تعيينه يكون تحققه موقوفا على امر اخر بعد العقد وهو ينافي تنجيزه يندفع بان الهبة شرطها التنجيز كذلك ولم يمنع
ذلك تاخر القبض وكذا الوقف لان المتأخر عنه حقيقة هو القبض وهو غير مناف لتنجيز الصيغة كما لو تأخر مع تعيينها
منصوصا على ما تقدم نقله في البيع عن الشهيد ره في بيع السلم قبل قبضه على غير من هو عليه من ان العقد اذا كان متعلقه
ماهية كلية ثم عينت في عين شخصية انصب العقد عليها وكانت كأنها المعقود عليها ابتداء الا انا قد بينا ضعفه و
تنبيهنا ان الماهية الكلية لما لم يكن لها وجود في الخارج لم يكن الموقوف موجودا حال العقد وكان في معنى وقف المعدوم
وان وجد بعد ذلك واعلم انه لا فرق في الدين بين الحال والمؤجل على الموسر والمعسر لاشتراك الجميع في المعنى المبطل واما
عدم جواز وقف المبهم سواء استند الى معين كفرس من هذه الافراس ام الى غير معين كفرس فلما ذكر في الدين من ان غير
العين باعتبار كليته غير موجود ويزيد الثاني انه غير معلوم ايضا وهما مناط الوقف واما المنفعة فوقفها مناف
للغاية المطلوبة من الوقف من الانتفاع مع بقاء عينه لان الانتفاع بها يستلزم استهلاكها شيئا فشيئا ولا يبقى
وجود امكان الانتفاع مع عدم بقاء العين محبسة ولجواز التصرف في الكل العين فيتبعها المنافع فيفوت الغرضان معا
ولو قيل ان استحقاق الانتفاع المؤبد بالعين يمنع من التصرف فيها كالعمرى والحبيس … للعمرى كالوقف ان
جوزناها … من الالفاظ ولا تمنعنا الاخرى وان شارك العمرى في هذا المعنى حيث يعبر بها وبالجملة فتعلق الوقف هو
العين لينتفع بها لا المنفعة وحدها … العين في المنع قوله وكذا لو قال وقفت فرسا او ناضحا او دارا ولم
يعين اي لم يعينها بالشخص وان عينها بالوصف الرافع للجهالة مع بقائها كلية والمراد بالناضح البعير الذي يستقى عليه قاله الجوهري
قوله ويصح وقف العقار والثياب والاثاث والآلات المباحة وضابطها كلما ينتفع به … في ذلك كله وجود المقتضي
للصحة وهو تحبيس الاصل واطلاق المنفعة وانتفاء المانع فيثبت الصحة وهو محل وفاق ونبه به على خلاف ابي حنيفة حيث
منع من وقف الحيوان والكتب ومالك حيث منع من وقف المنقول مطلقا ويبطل بما تقدم وقوله اما خالد فانه قد احتبس
ادراعه واعبده في سبيل الله واقرارهم على ما فعل حيث وقف ناضحه في سبيل الله قوله وكذا يصح وقف الكلب المملوك
والسنور اراد بالمملوك احد الكلاب الاربعة فانه لا مانع من وقفها مع جوازنا وقف الحيوان ونبه بذلك على خلاف بعض
العامة المانعين وقفه بناء على انه لا يملك مطلقا قوله ولا وقف الآبق لتعذر التسليم لما تحقق ان القبض شرط في
صحة الوقف وكان الآبق المتعذر تسليمه لا يمكن قبضه لم يصح وقفه ومثله الجمل الشارد ونحوه لكن يشكل بان القبض
المعتبر في الصحة غير فوري … فلا مانع من وقوع الصيغة صحيحة وصحة الوقف مراعاة بقبضه بعد ذلك وان طال الزمان
فان تعذر بطل وهذا بخلاف البيع فانه معاوضة محضة من الجانبين وشرطه امكان تسليم العوضين في الحال بالقبض فلا

يقتدي الغير به للاصل ولو فقد الموقوف عليه على تحصيله فاولى ان … ولا عبرة بالعينية هنا لان شرط
الوقف القبض ولا يكفي قبض بعض الموقوف وهو هنا العينية عن الباقين وعلى هذا فبين حكم البيع والوقف بالنسبة
الى الآبق عموم وخصوص من وجه قوله وهل يصح وقف الدنانير والدراهم قيل لا وهو الاظهر لانه لا نفع لها الا
التصرف فيها وقيل يصح لانه قد يفرض لها نفع مع بقائها وذلك النفع هو التحلي بها وتزيين المجالس والضرب على …
ونحو ذلك ووجه الخلاف مع ذلك الشك في كون هذه المنفعة مقصودة للعقلاء عادة ام لا فان الظاهر منافعها …
وهو لا يتم الا باذهابها بعينها المنافي لغاية الوقف والاقوى الجواز لان هذه المنافع مقصودة ولا يمنع من …
نعم لو انتفت هذه المنافع عادة في بعض الازمان او الامكنة اتجه القول بالمنع قوله ولو وقف ما لا يملكه لم يصح وقفه
ولو اجاز المالك قيل يصح لانه كالوقف المستأنف وهو … العقد المنفية في الاخر … لما بينا فيما …
بعده ويمكن ان يريد بها معناها المتعارف ويجعل ذلك تجاريا على مذهب الغير ثم ذكر ما اختاره ورجح الاول لان
تصرف الفضولي الملحوق بالاجازة قد وقع شرعا في مثل البيع بالنص وغيره من العقود مساو له في المعنى ولان
الوقف يقتضي … العبارة ولا مانع منه الا … اذن المالك وقد زال المانع باجازته فدخل تحت
الامر العام بالوفاء بالعقد فيصير الاجازة كالوقف المستأنف من المالك وهذا هو الذي حسنه المص وان عبارة الفضولي
لا اثر لها من حيث عدم الملك وقبح التصرف في ملك الغير فلا يترتب عليها اثر وتأثير الاجازة غير معلوم في محل …
النص ويتحقق الفرق بين الوقف والبيع لان … فك ملك كالعتق فلا يقبل الفضولي وانما … من حيث هو
مغايرة للبيع وان وافقه في بعض الافراد ولو قيس عليه … العلامة ذكره والشهيد … له وجه وان كان ما
اختاره الوجه قوله ويصح وقف المشاع وقبضه كقبضه في البيع لا خلاف عندنا في صحة وقف المشاع لحصول
تحقق الغاية المقصودة من الوقف فيه ولامكان قبضه كما يجوز بيعه وغيره من العقود ونبه بذلك على خلاف
بعض العامة حيث منع من وقفه بناء على دعواه عدم امكان قبضه والاصل ممنوع فان المشاع يصح قبضه كالبيع
فيقبض المبيع لانه ان كان هو التخلية فامكانه واضح وان كان هو النقل فيكون وقوعه باذن الواقف والشريك معا
وقد تقدم تحقيقه في البيع وان الحكم متوقف على اذن الشريك ان كان منقولا وعدمه ان كان عقارا قوله
وفي وقف من بلغ عشرا تردد والمروي جواز صدقته والاولى المنع لتوقف رفع الحجر على البلوغ والرشد اما هو
والمروي جواز صدقته … جواز وقفه الى ان وقفه لم يرد به نص بخصوصه وانما ورد بجواز صدقته لكن الشيخ
وجماعة عدوه الى الوقف نظرا الى انه بعض افراد الصدقة بالمعنى الاعم والروايات … عليه السلم قال اذا
اتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز في ماله ما اعتق او تصدق او اوصى على حد معروف وهو جائز وقريب منه رواية
سماعة ومثل هذه الاخبار الشاذة المخالفة لاصول المذهب بل اجماع المسلمين لا تصلح لتأسيس هذا الحكم وفي قول المص
والاولى المنع والخبر الميل اليه لان لفظ الاولى لا يمنع النقيض واستدلاله بتوقف رفع الحجر على البلوغ والرشد نوع
من الاستدلال بالمتنازع لان المجوز لا يسلم الحجر في هذا التصرف الخاص لكنه لما كان الحجر عليه في العقود والتصرفات
مقابل الاجماع عليه في الجملة اقام الدليل على المنع وان كان لا يخلو من شيء قوله ويجوز ان يجعل الواقف النظر لنفسه
ولغيره فان لم يعين الناظر كان النظر الى الموقوف عليهم بناء على القول بالملك والاصل في حق النظر ان يكون للواقف لانه

اصله

اصله واحق ان يقوم بامضائه وصرفه في اهله فاذا وقف فلا يخلو اما ان شرط في عقد الوقف النظر لنفسه او لغيره او لهما او لم
يشترط شيئا فان شرط لنفسه صح ولزم وان شرط لغيره صح بما شرطه عملا بمقتضى الشرط المشروع وقد شرطت فاطمة عليها السلم
النظر في حوائطها السبعة التي وقفتها لامير المؤمنين عليه السلم ثم الحسن ثم الحسين عليهما السلم ثم الاكبر من ولدها عليه السلم وشرط الكاظم عليه السلم
النظر في الارض التي وقفها للرضا عليه السلم واخيه ابراهيم فان انقرض احدهما دخل القاسم مع الباقي الى آخره وهذا كله لا
خلاف فيه وان اطلق ولم يشترط النظر بني على انتقال الملك فان جعلناه للواقف او للموقوف عليه مطلقا
فالنظر له وان جعلناه للموقوف عليه ان كان معينا ولله تعالى ان كان على جهة عامة كما هو الاقوى فالنظر في الاول الى
الموقوف عليه والى الحاكم الشرعي في الثاني لانه الناظر العام حيث لا يوجد خاص ويصير الواقف في ذلك بعد العقد كالاجنبي ثم
ان تعدد الناظر الثابت بالخصوص او بالعموم اشتركوا فيه فليس لاحد منهم التصرف بدون اذن الباقين وان اختص
اختص به اذا تقرر ذلك فنقول متى قلنا ان النظر الى الواقف ابتداء او مع شرطه فالنظر اليه سواء كان عدلا ام لا لا
انه انما نقل ملكه من نفسه على هذا الوجه فيتبع شرطه وان كان الى غيره وشرطه اشترطت عدالته فان لم يكن عدلا … منها
خرج عن النظر وكان الحكم فيه كما لو اطلق ويشترط فيه مضافا الى ذلك الاهتداء الى الكيفية المقصودة كما يعتبر ذلك في الوصي
ولو عادت اليه العدالة بعد خروجها عاد اليه ان كان مشروطا من الواقف والا فلا وبما ذكرناه من عدم اشتراط عدالته ان
شرطه لنفسه قطع في كره مع احتمال اشتراطها مطلقا لخروجها بالوقف عن الملك لغيره فلا بد من اعتبار الثقة في التولية
كما يعتبر في غيره ثم الناظر المشروط في نفس العقد لازم من جهة الواقف لا يجوز له عزله مطلقا لعموم الامر بالكون مع
الشرط ولو كان منصوبا من قبله بعده بالنظر … جاز له عزله متى شاء لانه كالوكيل ولا يجب على المشروط له
النظر القبول للاصل ولو قبل لم يجب عليه الاستمرار لانه غير واجب في الاصل فيستصحب فاذا رد صار كما لو لا ناظر له ابتداء
فيتولاه الحاكم او الموقوف عليه ويحتمل الحاكم مطلقا لخروج الموقوف عليه عن استحقاق النظر بشرطه نفيه ويحتاج الى دليل
بخلاف الحاكم فان نظره عام ولا يجوز شرط النظر الواحد متعدد موجود ويجوز جعله لمعدوم تبعا … في بطون و
ذريته وما شاكل ذلك عملا بعموم الامر بالوفاء بالشرط ثم ان شرط للناظر شيئا من الريع جاز وكان ذلك اجرة
عمله على الاقوى واعلم ان وظيفة الناظر في الوقف العمارة له اولا وتحصيل الريع وقسمته على المستحق وحفظ الاصل
والغلة ونحو ذلك من مصالحه هذا كله مع الاطلاق ولو فوض اليه بعضها اختص به ولو شرك معه غيره مطلقا اشترك على
الاجتماع … او فوض بكل منهما الاستقلال على الاجتماع والانفراد اتبع ولو خص
احدهما بالعدالة او بقي عليها ما ضم اليه الحاكم حيث لا يكون منفردا او انتقل الى الموقوف عليه ان انتقل اليه النظر كما تقدم و
حيث يتحقق الناظر بوجه لا يجوز التصرف في شيء من الاعمال المذكورة ولا في شيء من الغلة الا باذنه وان كان المتصرف هو
المستحق لها والناظر يستحق عملا بالشرط هذا هو الذي يقتضيه اطلاق النص والفتوى الآن فيه اشكالا من وجهين
احدهما ما لو كان الموقوف عليه متحدا اما ابتداء او لاتحاده في بعض الطبقات اتفاقا فانه مختص بالغلة فيتوقف تصرفه
فيها على اذن الناظر بعيد لعدم الفائدة خصوصا مع تحقق صرفها اليه بان يكون فاضلا عن العمارة وغيرها مما تقدم
القسمة بعينها نعم لو اشكل الحال توقف على اذنه قطعا لاحتمال ان يحتاج اليها او الى بعضها في الامور المتقدمة على الحصاص
الموقوف عليه وثانيهما الاوقاف العامة على المسلمين ونحوهم التي يريد الواقف انتفاع كل من الموقوف عليه بالثمرة اذا مرها

كما يجار التام فان مقتضى القاعدة ايضا عدم جواز تصرف احد منهم في شيء منها الا باذن الحاكم ولا يخفى اشكال ذلك وتفويته لكثير من
غرض الواقف بل دلالة القرينة على عدم ارادة الواقف النظر على هذا الوجه بل يريد تفويض الانتفاع الى كل واحد من افراد تلك
الجهة العامة فكانه في قوة جعل النظر اليهم لكن هذا كله لا يدفع الاشكال المتقدم من انه بعد الوقف حيث لا يشترط النظر
لاحد يصير كالاجنبي وينتقل الحكم الى الحاكم فلا عبرة بقصد خلاف ذلك حيث لا يوافق القواعد الشرعية وجعل مثل
هذا الافعال في نظر الكل واحد في حيز المنع وبالجملة ففي القواعد الشرعية المتفق عليها لا يدفع بمثل هذه الخيال وينبغي ان
يقال ان المتصرف على هذا الوجه يأثم خاصة ويملك حيث لا يجب صرف الثمرة في الامور المتقدمة على من فيها الى الموقوف
عليه وكذا القول في تصرف الموقوف عليه الخاص المتعدد فلا يجوز لاحد منهم قسمتها وتميز حق كل واحد من الشركاء متوقف على
الناظر وحينئذ فيكون كالتصرف في المال المشترك بغير اذن الشريك فيستقر في ذمته حصة الشريك من ذلك ولم اقف
في هذه الاحكام للاصحاب على شيء فينبغي تحرير النظر فيه قوله او على حمل لم ينفصل تفريع الحمل على المعدوم لا يخفى من تجوز
لانه في نفسه موجود غايته استتاره وانما يشارك في الحكم لعدم صحة الوقف عليه من جهة اخرى وهي اهلية الموقوف عليه
للتمليك فانها شرط من حيث ان الوقف اما تمليك العين والمنفعة ان قلنا ان الوقف يملكه الموقوف عليه واما تمليك
المنفعة ان لم نقل به والحمل لا يصلح لشيء منهما والفرق بين الوقف عليه والوصية له ان الوصية تتعلق بالمستقبل وليس فيها
نقل في الحال بخلاف الوقف فانه تسليط على الملك في الحال فيشترط اهلية المستقل اليه لم قوله اما لو وقف على معدوم ابتداء
لموجود فانه يصح ثم انما يصح بتبعية المعدوم للموجود اذا امكن وجوده عادة وكان قابلا كالوقف على اولاده الموجودين ومن
من يتجدد منهم او عليهم وعلى من يتجدد من اولادهم ونحو ذلك اما الحمل التابع من لا يمكن وجوده كالميت ولا يقبل الملك
لم يصح مطلقا فيكون مع جعله اخرا كمنقطع الاخر او وسطا فكمنقطع الوسط او اولا فكمنقطع الاول وضمه الى الموجود يبطل
بحصته خاصة على الاقوى قوله ولو بدأ بالمعدوم ثم بعده على الموجود قيل لا يصح وقيل يصح على الموجود والاول اشبه هذا هو
المنقطع الاول وصوره كثيرة يجمعها عدم صحة الوقف على الطبقة الاولى سواء كانت معدومة كما مثل ام موجودة ولكن لا يقبل
الملك كما ذكره في المسألة الاخرى بعدها وقد اختلف الاصحاب في حكمه فذهب المصنف والمحققون منهم الى بطلان الوقف راسا
لانه لو صح فاما مع صحة الوقف على معدوم موقوف عليه او مخالفة شرط الواقف وجريانه على خلاف قصده والتالي بقسميه باطل فالمقدم
مثله والملازمة ظاهرة لانه مع الصحة اما ان يجب اجراؤه على من يصح الوقف عليه ويتنزل الاخر منزلة غير المذكور لزم الثاني ويبطل
بطلان الثاني قول العسكري عليه السلام في مكاتبة محمد بن الحسن الصفار الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها والاشبه قال الواقف لم يقصد
الموجود ابتداء فلا يصرف اليه بل يكون كالمعلق على مجيء شرط وهو باطل وهذا يبطل ما قيل في جوابه فانا نلتزم ان هناك موقوفا
عليه ثم ان امكن انقراض الاول اعتبر انقراضه فيكون انقراضه شرطا في جواز الانتفاع لا في نفوذ الوقف والنماء للواقف
او ورثته كمنقطع الوسط ابتداء وان لم يمكن انقراضه تعين فيها انه لما كان المصدر به محالا كان شرط الواقف له كلا
شرط فلا يلزم لها الفتنة حال واتباع شرط الواقف انما يلزم لو كان سائغا وبطلان الوقف انما يلزم لو لم يكن هناك موقوف عليه
لكنه موجود قطعا والواسطة غير صالحة للمانعية هذا غاية ما اجابوا به وفساده يظهر مما قلناه وينبغي بيان ان
انقراض الاول اذا جعل شرطا في انتفاع الثاني وجعل النماء للواقف فما لم يتحقق اخراج الوقف عن نفسه مطلقا لم يقع
صحيحا وقد قطع الاصحاب بانه لو نجز الوقف وشرط لنفسه فيه شرطا من الغلة او وفاء دين ونحوه وان كان معلوما لم

يقع مع انه شرط مضبوط غير مناف لتنجيز الوقف بخلاف المتنازع فيه ومنافاته على منقطع الوسط وقد الحق المتنازع فيه فانه يشابه
منقطع الاول فيما بعد الانقطاع وان اراد فيما قبله فالفرق واضح وجعل بالانقراض انقراضه شرطا لمحال فيكون كلا شرط
ضعيف لان مرجعه الى ان الشرط الفاسد لا يبطل العقد بل يقتصر على الغاية وهو قول ضعيف وقد تقدم الكلام في
ضعفه وان ذلك خلاف المقصود الذي لا يتم العقد بدونه وقولهم ان الموقوف عليه موجود ان اراد به ابتداء فممنوع او
بعد حين فلا ينفعهم فصلح الواسطة للمانعية والقول بالصحة للشيخ في الخلاف وهو متفرع من القول بصحة ما صاله في الصحة
وانه ضم صحيح الى فاسد فلا يفسد وقد عرفت ان الاتصال انقطعت والصحة مبطلة اذا عرفت ذلك فعلى
المختار من بطلان الوقف لا بحث وعلى القول بالصحة فهل يصرف منفعة الوقف في الحال الى من يصح في حقه ام لا بل
وقفها على من تقدم دليل الجواز وفصل الشيخ في المبسوط فقال ان كان الذي يبطل الوقف في حقه لا يصح اعتبار انقراضه
مثل ان يقف اولا على مجهول عليه او ميت فانه يكون في الحال لمن يصح الوقف في حقه فيكون الاول بمنزلة المعدوم الذي
لم يذكر في الوقف لان وجوده كعدمه وان كان الموقوف عليه اولا يمكن اعتبار انقراضه كالعبد فيهم من قال يصرف اليهم في الحال
لانه مستحق غيرهم ومنهم من قال لا يصرف اليهم في الحال لانه انما جعل منفعة الوقف لهم بشرط انقراض من قبلهم و
الشرط لم يوجد فيصرف الى الفقراء مدة بقاء الموقوف عليه اولا ثم اذا انقرضوا صرف اليهم ولا يخفى عليك
ضعف هذه الوجوه لعدم الدليل عليها بخصوصها وعدم قصد الواقف لها فالمصير على تقدير الصحة مشكل قوله ولو وقف على
دفنه على من لا يملك ثم على من يملك عنه تردد والمنع اشبه قد تقدم وجه الحكم فيه وانه كما تقدم وان يعيد القول بالصحة هنا ضعيف لو
كان من لا يملك لا يعرف انقراضه كالوقف على الميت او مجهول وقد انقرض عنه كالوقف على الوقف على الملك فان انقراض
الوقف ابتداء لان من يصح الوقف عليه خلاف الشرط ولا مدة معلومة تنتهي حتى يكون هناك شرط منتظر الوقف في
كما قاله وذكر الشيخ في صاحبهم بانتقال الوقف الى من يصح عليه ابتداء كما حكيناه عنه ولا يخفى ما فيه قوله ولا يصح على
المملوك لا يصح الوقف على المملوك لانه لم يقصد بالوقف مولاه بناء على ان المملوك لا يملك شيئا او يملك ما لا يبطل فيه
الوقف كما تقل الغرض وان قلنا بملكه مطلقا مع الوقف عليه وان كان محجورا عليه اذا قبل مولاه وتبعه مولاه ولا يصرف الوقف
الى المولى على حال ولعل العامة حيث يجوز الوقف عليه وجعلوه مصروفا الى المولى وشبهه بقوله له على وجوده فان الوقف
عقد والعقد تابع للقصد فكيف يصرف الى المولى وهو غير مقصود قوله ويصح الوقف على المصالح كالقناطر والمساجد
لان الوقف في الحقيقة على المسلمين لكن هو صرف الى بعض مصالحهم فاشار بالتعليل الى جواب سؤال يرد على صحة الوقف
المذكور من حيث ان هذه المصالح المذكورة ونحوها لا يقبل التمليك وشرط صحة الوجوب للوقف كما سلف وتقرير الجواب
ان الوقف وان كان لفظه متعلقا بالجهات المذكورة الا انه في الحقيقة وقف على المسلمين القابلين للتملك فانه تمامه
هناك انه وقف على المسلمين باعتبار بعض مصالحهم خاصة لانهم المنتفعون بها فان الغرض من المسجد تردد فهم اليه للعبادة واقامة
شعار الدين وهذا في مسائله وقف عليهم لكن شرط صرفه على وجه مخصوص بوجوده وشدة الوقف على الكعبة المشرفة ونحوها
ونحوها مما يجوز لك قوله ولا يقف المسلم على الحربي وان كان رحما ويقف على الذمي وان كان اجنبيا هنا مسئلتان احدهما
الوقف على الحربي المنهي وعلم عدم جواز مطلقا لقوله تعالى لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الاخر يوادون من حاد الله ورسوله
ولو كانوا اباءهم او ابناءهم الاية والوقف نوع مودة فيكون منهيا عنه خصوصا اذا اشترطنا في الوقف القربة فان النهي

رباينها ولان الوقف اذا تم وجب الوفاء به وجزم تغييره ونقله من وجه ومال الحربي في المسلم يصح اخذه ويبيعه وهو ينافي صحته
وربما قيل بالجواز لعموم قوله على كل كبد حراء اجر وعموم قوله الوقوف على حسب ما يقفها اهلها وغيره من الاخبار الدالة
باطلاقها عليه مع القدح في دليل المنع فان النهي المتكرر من الموادة له من حيث كونه محادا لله والا لحرم محادثتهم على
التلطف ونحوه من الاكرام ونحوه تغييره من حيث الوقف لا ينافيه من حيثية الحربي وهي جواز التصرف في مال الحربي
بانواع التصرفات المستلزم لتغييره وكيف كان فالمذهب المنع والثانية وقف المسلم على الذمي وفيه اقوال
احدها المنع مطلقا للاية المتقدمة وهو قول سلار وابن البراج والثاني الجواز مطلقا وهو الذي اختاره المصنف للعموم
السابق وقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم الاية والخبر السابق
والثالث الجواز اذا كان الموقوف عليه قريبا دون غيره وهو مختار الشيخين وجماعة جمعا بين ما ذكر من الادلة العامة
الدالة على وجوب صلة الرحم الدال على الجواز تخصيص لك النهي بغير الرحم والرابع الجواز للابوين خاصة اختاره ابن ادريس
لعدم اضطراب كثير في فتوى المسألة فانه قال بعد حكاية كلام الشيخ بجوازه على ذي الرحم فتحصلنا ما عندنا في هذه المسألة
انه لا يجوز الوقف على الكفرة الا ان يكون الكافر احد الابوين ووجهه ما سبق مضافا الى الامر له في صاحبهما في الدنيا
معروفا وصية الانسان بوالديه احسانا فانه ليس من الصلة بالعرف ترك صلتهما مع حاجتهما فيجب الجمع بين الادلة وكيف كان
فالقول بالمنع مطلقا ضعيف وقول المصنف لا يخلو من وجه واعلم انه لم يرد في عبارة المتقدمين الا الوقف على الكافر وعبر المتاخرون
فانه صرح بالذمي ولعل مرادهم قوله ولو وقف على الكنائس والبيع لم يصح وكذا حكم جواز الوقف على اهل الذمة وجواز
الوقف على المساجد ونحوها وجعله على كونه وقفا على المسلمين لانه من اهم مصالحهم احتمل كون الوقف على الكنائس والبيع جائزا
اذ ذاك لاهل الذمة بناء على ان الوقف عليهما وقف على اهل الذمة وان اختص ببعض مصالحهم فنبه على خلافه وان لك
للفرق بين الجهتين فان الوقف على المساجد مصلحة للمسلمين وهي مع ذلك طاعة وقربة فهي جهة من جهات المصالح المأذون
فيها وكذا الوقف على اهل الذمة انفسهم فانه بذاته لا يستلزم المعصية اذ نفعهم من حيث الحاجة وانهم عباد الله ومن جملة
بني ادم المكرمين ومن جهة ان يتولد منهم المسلمون لا معصية فيه وما يترتب عليه من اعانتهم به على المحرم كشرب الخمر واكل
لحم الخنزير والذهاب الى الجهات المحرمة ليس مقصودا للواقف حتى لو فرض قصده حكمنا ببطلانه ومثله الوقف عليهم
لكونهم كفارا ايل على منع المسلمين من تلك الحيثية بخلاف الوقف على المسلم وجعل صرفه في المعصية فانه لا يقدح نظرا الى القصد
الاصلي فكذا هنا وهذا بخلاف الوقف على الكنائس ونحوها فانه وقف على جهة خاصة من مصالح اهل الذمة لكنها معصية
محضة لانها اعانة لهم على الاجتماع اليها للعبادات المنسوخة والجهة والكفر فالمعصية حاصلة لذا لا تبعا ومن ثم لا يجوز ان
يقع الوقف صحيحا وما نقل المنع من الوقف على الكنائس ونحوها بان من جملة مصارف الوقف عمارتها وهو محرم لانها بلا عادة
المساجد وباقي مصالح اهل الذمة فغير مطرد لان من الكنائس ما يجوز لهم عمارته بل هو الاغلب في بلاد الاسلام و
لمختصره بكيفية لا يجوز احداثها كالحادثة في ارض الاسلام او التي وجدتهم تعبد بعض الاطلاق من غير ضرورة قوله و
كذا الوقف في معونة الزيارة او قطاع الطريق او شارب الخمر المراد انه وقف عليهم من حيثهم كذلك بان يجعل
الوصف مناط الوقف ووجه عدم الصحة ظاهر لانه معصية من حيث الاعانة على فعل المحرم اما لو وقف على شخص
متصف بذلك لا من حيث كون الوصف مناطا صح سواء اطلق ام قصد جهة محللة قوله وكذا الوقف على الكتابيين

الان بالتوراة والانجيل لانهما محرفة منسوخة بقوله ليس لان على ان ما بايديهم ليس هو الذي انزل الله وان كان فيه غالبه
الوقف عليه من هذه الجهة والمراد انه لجملته ليس هو الذي انزل الله وان كان بعضه منه للقطع بانهم لم يقرؤوا جميع الكتاب بل
بعضه وتحريم الوقف على الكتابين ظاهر للتحريف والنسخ فتحرم كتبتهما وحفظهما لغير النقض والحجة وقد روى العامة ان النبي صلى الله عليه وآله
خرج الى المسجد فراى في يد عمر صحيفة فيها شيء من التوراة فغضب لما راى الصحيفة في يده فقال له افي شك انت يا ابن الخطاب
الم آت بها بيضاء نقية لو كان اخي موسى حيا ما وسعه الا اتباعي وهذا يدل على ان النظر اليها معصية والا لما غضب
لذلك وينبغي جواز الوقف عليها على الوجه الذي يجوز امساكها لاجله وهو النقض والحجة لان الجهة حينئذ طاعة الا ان الغرض
لما كان نادرا اطلقوا المنع من الوقف عليها قوله ولو وقف الكافر جاز اي وقف الكافر على احدى الكنائس ونحوها
معناه وقفه على البيع والكنائس الان بوده العبادة اليها بعيد التوسط ما فيه بين الحكمين بجواز الوقف على المصالح
المذكورين ووجه الجواز اعتقادهم شرعيته واقرارهم على دينهم وصريحهم لم يشترط في الوقف القربة كما في كلام المصنف
حيث يتعرض لاشتراطها والاشتراط حيث ان ذلك معصية في الواقع فلا يتحقق التقرب بها الا ان يراد تصح في الجملة وان
المجهل او قصدها من يعتقد حصولها وهذا احوط قوله والمسلم اذا وقف على الفقراء انصرف الى فقراء المسلمين دون غيرهم
ولو وقف الكافر كذلك انصرف الى فقراء اهل نحلته لما كان الفقراء جمعا معرفا فيفيد الصيغة العموم الشامل للمسلمين والكفار
كان مدلول الصيغة من هذه الحيثية شمول الوقف على الفقراء للجميع لان ذلك مفهوم لغوي والعرف يخالف فانه يدل على ارادة
المسلم فقراء المسلمين وارادة الكافر فقراء نحلته فيختص به لان العرف مقدم وهذا انما يتم مع تحقق دلالة العرف شهادة الحال في
فلو انتفت فلا معارض للغة الا ان يثبت ما كان ظاهر الحال كعدم الحمل على ما دلت عليه الحيثية ولا فرق بين الوقف على الفقراء
مطلقا كما قيل وفقراء بلده او بلد مخصوص نعم لو لم يكن في البلد المعين الا فقراء الكفار حيث يكون الواقف المسلم او بالعكس علم
الواقف المسلم بذلك انصرف الى الموجود كيف كان عملا بالاضافة وحذرا من بطلان الوقف حيث لا مصرف له مع امكان حمله على الصحة
لانتفاء القرينة ولو لم يعلم بذلك ففي كون الحكم كذلك وجهان من وجود الاضافة والعموم المتناول للموجود ومن انه بعدم العلم
لا توجد الخصوصية الصارفة المتعارفة ولعل الحاقه بالاول اولى قوله ولو وقف على المسلمين انصرف الى من صلى الى القبلة اي
من اعتقد وجوب الصلوة اليها حيث يكون الصلوة وجهة والمراد اعترافه بالشهادتين واعتقاد ما علم من الدين ضرورة
ومنه الصلوة اليها وان لم يصل حيث لا يكفر بذلك لحق به الاطفال والمجانين تبعا لانه لا يدخلهما معهم عرفا وشمول الوقف لهما
تبعا كما يدخل الاناث في صيغة الذكور ويخرج بما ذكرناه من فرق المسلمين من حكم بكفره من الخوارج والنواصب والغلاة والمجسمة
وغيرهما واطلاق دخول المصلي الى القبلة لا يخرج لكنه مراد مع لحاق العموم نظرا الى المفهوم عرفا ولا فرق بين كون الواقف محقا او غيره
عملا وقيل ان كان الواقف محقا يختص الوقف بقبيلة لشهادة الحال كالوقف على الفقراء وهو بان تخصيص عام لا يقتضي تخصيص
امر وشهادة الحال ممنوعة والفرق بين المسلمين والفقراء ثم فان ارادة الوقف على جميع الفقراء على اختلاف داتهم وتباين
مقالاتهم ومعتقداتهم بعيد بخلاف ارادة فرق المسلمين من اطلاقهم فانه امر واضح شرعا ولغة وعرفا والاقوى الشهور نعم لو كان
من احد الفرق المحكوم بكفرهم لم يخرج قبيلته من وقفه ولا غيره ممن حكم بكفره ايضا حيث لا يشهد حال باخراجه ويحتمل خصوص
عدم الجريان بقبيلته خاصة اقتصارا في التخصيص على محل اليقين ووجه الاول شهادة الحال بخلافه قوله ولو وقف على
المسلمين انصرف الى الاثني عشرية وقيل الى مجتنبي الكبائر والاول اشبه الايمان يطلق على معنيين عام وخاص فالعام

هو التصديق القلبي بإجابة النبي [illegible] والإقرار به كما أشرنا عنده وهو أخص من الإسلام مطلقا وهذا المعنى معتبر عند [illegible]
[illegible] أحدهما أنه كذلك مع العمل الصالح بمعنى كون العامل [illegible] وصاحب الكبيرة عنده ليس بمؤمن وهذا مذهب الوعيدية
[illegible] قول المعتزلة إن الإيمان للفاسق منزلة بين المنزلتين والثاني اعتقاد إمامة الأئمة الاثني عشر [illegible] وهذا هو المعنى
المتعارف بين الإمامية [illegible] على المؤمنين [illegible] الإمامية [illegible] الاثني عشرية [illegible]
[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

وفي كره اسند القول الى علمائنا مشعرا بالاجماع عليه قوله ولو وقف على الذمي جاز لان الوقف تمليك فهو كالهبة للمنفعة و...
لا يصح لانه يشترط فيه نية القربة ثم اشار بقوله لان الوقف تمليك الى دليل الجواز وحاصله ان الوقف كما سلف تمليك عين
او منفعة والذمي قابل للتمليك والاجارة واشار الى ان عدم الصحة مبني على اشتراط القربة وقد علم من عدم اشتراطها ما
من جعله تمليكا ومن جعله بعد نقله اشتراط القربة والاول اشبه ان يختاره عدم اشتراط نية الوقف وهو الوجه لعدم
دليل صالح على اشتراطها وان توقف عليها حصول الثواب وعموم الادلة على صحته وان الوقوف على حسب ما يقفها اهلها ... على
عدمه وقد تقدم الكلام في تحقيق هذه الاقوال ولعله اعاد المسألة لينبه على الخلاف حقه ذكر الحكم فيما سبق مجردا عنه
قوله وكذا يصح على المرتد المراد به المرتد عن ملة والمرأة المرتدة عن فطرة واما الرجل المرتد عن فطرة فلا يصح عليه لانه
لا يقبل التملك وهو شرط لصحة الوقف ووجه صحة الوقف على المرتد ما تقدم من وجه الصحة على الكافر ولانه يبقاه قوله وفي الحربي
تردد اشبهه المنع وقد تقدم الكلام في ذلك وما يدل على القولين وكان اعادة التنبيه على الخلاف وكان الاولى الاكتفاء
بذكره مرة واحدة وكذا الذمي قوله ولو وقف ولم يذكر المصرف بطل هذا هو المشهور بين الاصحاب ولم اقف فيه على مخالف الا ابن
الجنيد وخلافه غير قادح هنا على قاعدة الاصحاب ويدل عليه ايضا ان الوقف تمليك فاشترط فيه ذكر المالك كالبيع والهبة فانه
لو قال بعت داري بكذا او وهبتها ولم يذكر المصرف بطلا اتفاقا ولانه لو وقف على مجهول ... على جماعة بطل فاذا اطلق
اولى بالبطلان ...

[illegible]

١٧٣

[illegible]

١٧٤

[illegible]

مع ثبوته ولا اشتراط نفقته لنفسه كالبيع والهبة ولانه تمليك منفعة وحدها او مع الرقبة ولا يملك الانسان [بعقد] نفسه وخالف
ذلك بعض العامة فجوّزه بناء على ان استحقاق الشيء وضعا غير استحقاقه وقفا وقد يقصد حبسه ومنع نفسه من التصرف المزيل للملك
اذا تقرر ذلك فلو وقف على نفسه ثم على غيره فهو منقطع الاول لبطلانه في حق نفسه وهل يصح في حق غيره قولان تقدم الكلام
فيهما والاقوى البطلان مطلقا وعلى تقدير الصحة هل يصح لغيره من حين الوقف او بعد موت الواقف وجهان وقد تقدم اختيار الشيخ
للاول وهو مشكل لانه خلاف مقصود الواقف وقد قال العسكري عليه السلام الوقوف على حسب ما يقفها اهلها وهنا لم يقصد
ذلك الغير ابتداء فكيف يصرف اليه والاقوى تفريعا على الصحة انصرافه اليه بعد موت الموقوف عليه وبهذا يتحقق منقطع الاول
ولو انعكس الفرض بان وقف على غيره ممن ينقرض ثم على نفسه فهو منقطع الآخر وقد تقدم اختيار المصنف صحته … ذلك الغير و
عقب ذلك بعد نفسه بالوقف على آخر فهو كمنقطع الوسط وحكم ما بعد نفسه كالاول … على نفسه …
فليس منقطع الاول لبقاء الموقوف عليه ابتداء وهو الغير فان الموقوف عليه ليس هو المجموع منه ومن الغير من حيث هو مجموع بل كل واحد
منهما والاقوى صحة الوقف على غيره في نصفه وبطلان النصف في حقه لعدم المانع من نفوذ الوقف في النصف مع وجود المقتضي
للصحة وهو الصيغة مع ما يعتبر معها ويحتمل تنصيفه لان يكون الكل للغير … الى ان الموقوف
بالنسبة اليهما هو المجموع من حيث هو مجموع والحكم بالتنصيف انما نشأ من امتناع كون المجموع وقفا على كل منهما كمنقطع الاول فلما
امتنع الوقف على احدهما خاصة انصرف وقف المجموع الى الآخر ويضعف بانه انما وقف عليهما بحيث يكون لكل منهما حصة فاذا بطل
احدهما لم ينصرف الموقوف الى الآخر لان ذلك خلاف مدلول الصيغة وخلاف مراد الواقف والعقد تابع للقصد قوله ولو اورد
على غيره وشرط قضاء ديونه او ادرار مؤنته لم يصح لما كان قاعدة … اشتراط اخراج الوقف عن نفسه بحيث لا يبقى
له استحقاق فيه من حيث ان الوقف يقتضي نقل الملك والمنافع عن نفسه فاذا شرط الوقف قضاء ديونه او ادرار مؤنته ونحو ذلك
فقد شرط ما ينافي مقتضاه فيبطل الشرط والوقف معا ولا فرق بين ان يشرط قضاء الديون … ولا بين اشتراط ادرار مؤنته
مدة معينة ومدة عمره ومثله شرط الانتفاع به … مدة معلومة وسواء قدر ما يأخذه منه او اطلقه لوجود المقتضي في
الجميع ومن جوز الوقف على نفسه جوز اشتراط هذه الاشياء مطلقا … الاشتراط المذكور مختص بنفسه فلو شرط اكل اهله منه صح
ولو وقف كما فعله النبي … وشرط … فاطمة عليها السلام كذلك وكذا لو شرط ان يأكل الناظر منه ويطعم غيره فان كان هو …
الوقف كان له ذلك عملا بالشرط ولا يكون ذلك شرطا للنفع على نفسه قوله اما الوقف على الفقراء ثم صار فقيرا او على الفقهاء
ثم صار فقيها صح له المشاركة في الانتفاع والفرق ان ذلك ليس وقفا على نفسه ولا على جماعة هو منهم فان الوقف على مثل … ليس
وقفا على الاشخاص المتصفين بهذا الوصف بل على الجهة المخصوصة ولهذا لا يعتبر قبولهم ولا قبول بعضهم … ولا ينتقل
الملك اليهم وانما ينتقل الى الله تعالى ولا يجب صرف النماء في جميعهم … وقفا على الجهة … الى جهة الفقر
المسكنة مثلا ويقصد نفع موصوف بهذه الصفة لا شخص بعينه ولا فرق في جميع ذلك بين ان يكون الواقف متصفا بالصفة
التي هي مناط الوقف حالة الوقف وعدمه … اصل الحكم ابن ادريس فمنع من انتفاع الواقف … في ذلك … خروج
عنه ولا يعود … في بعض فتاوى الشهيد رحمه الله انه يشارك ما لم يقصد منع نفسه او ادخالها وهو حسن فانه اذا قصد
ادخال نفسه فقد وقف على نفسه ولم يقصد الجهة واذا قصد منع نفسه فقد خصص العام بالنية وهو جائز فيجب اتباع شرطه …
السابق وانما الكلام عند الاطلاق قوله ولو شرط عوده اليه عند الحاجة صح الشرط وبطل الوقف وصار حبسا ويعود اليه مع الحاجة

ويورث

ويورث … يقع البحث في موضعين الاول في صحة هذا الشرط وفيه قولان احدهما واختاره المعظم بل ادعى المرتضى فيه الاجماع الصحة لعموم
الشرط ولعموم اوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم وقول العسكري عليه السلام الوقوف على حسب ما يقفها اهلها ولخصوص رواية …
الفضل قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير وقال ان احتجت الى شيء
من مالي فانا احق به … وقد جعله لله وكيف يكون حاله اذا هلك الرجل يرجع ميراثا او يمضي صدقة قال يرجع
ميراثا على اهله والمراد بالصدقة في الرواية الوقف بقرينة الباقي ولان الوقف تمليك المنافع فجاز شرط الخيار فيها كالاجارة
ثانيهما البطلان ذهب اليه الشيخ في احد قوليه وابن ادريس والمصنف لان هذا الشرط خلاف مقتضى الوقف لان الوقف اذا تم لم
يعد الى المالك على حال فيكون فاسدا ويفسد به العقد واجيب عن الاول بان وجوب الوفاء بالعقد والكون مع الشرط مشروط
بوقوعهما على الوجه الشرعي وهو عين المتنازع … الشرط المذكور ممنوعة فانها عين المتنازع والرواية الخاصة في طريقها
ابان والظاهر انه ابن عثمان وحاله معلوم … والحاصل …
العموم حيث لا اتفاق على بطلانه … وهذا آت في كثير من نظائره من مسائل الخلاف واما ابان بن عثمان فقد
اجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه فلا يقدح الطعن فيه بمذهبه كيف وقد انضاف الى ذلك اتفاق الاصحاب او اكثرهم على العمل
بمضمون حديثه ومن ذلك يظهر بطلان حجة المانع … ابن ادريس ادعى الاجماع على البطلان مع تصريح المرتضى بالاجماع
على خلافه ووافقه المفيد والشيخ … وابن البراج وسلار وغيرهم ممن سبقه … فالعمل بالمشهور اجود والثاني على
تقدير الصحة والحاجة يجوز له الرجوع ويصير ملكا ويبطل الوقف وان لم يرجع او لم يحتج حتى مات هل يبطل الوقف ويصير …
بالشرط المذكور حبسا ام يستمر الوقف على حاله قولان اختار المصنف هنا والعلامة وجماعة الاول عملا بمقتضى الرواية الخاصة و
لاشتراك الوقف والحبس في كثير من الاحكام ولان الوقف لما كان شرطه التأبيد والشرط ينافيه حمل على الحبس ولم يخرج عن
ملك المالك بل يورث عنه … وان لم يحتج اليه فان قيل اذا كان قد جعل نهاية الحبس حصول الحاجة فاذا مات قبل حصولها
… وجب ان يبقى على ما كان عملا بمقتضى الغاية … قلنا الحاجة تتحقق بالموت لانتقال الملك
فيصير الميت فقيرا وايضا فان الحبس لا بد ان يكون له نهاية وحيث لم يكن له نهاية في هذه الصورة فحصل موته النهاية
لانه محل انتقال الملك الى الوارث ولا يعقل بقاء الحبس بعد الموت … والثاني مذهب المرتضى والعلامة في المختلف
الثاني لان صحة الشرط تقتضي العمل بمقتضاه ومقتضى العقد فان رجع الواقف بمقتضى شرطه بطل الوقف عملا بالشرط وان لم
يرجع ومات كان على حاله عملا بمقتضى العقد وهذا حسن ان لم يعتبر الرواية والا فالاول احسن بقي هنا امور احدها ان الحاجة
التي شرط عوده عندها … من قصور ماله عن قدر معيشته وقوت السنة … رجع فيها
الى العرف ولا شك ان مستحق الزكاة لفقره … محتاج شرعا وعرفا فينصرف اليه واحتمل … تفسيرها بقصور ماله عن
قوت يوم وليلة … والاول اشبه والثاني ان قول المصنف ويعود اليه مع الحاجة ويورث لا يريد بكونه يورث مع عوده
بكونه انه ليس في ذلك الموضع شبهة ولا انه يصير مستدركا لان عوده الى ملكه يستلزم كونه موروثا ان بقي على ملكه بل المراد انه
يورث على تقدير عدم حاجته اليه بناء على صيرورته حبسا كما ذكرناه ومن شأن الحبس ان يبطل بالموت ويورث فيكون ذلك
اشارة الى القول الاول من الموضع الثاني الثالث قوله صح الشرط وبطل الوقف لا يخلو من تجوز لان الوقف لم ينعقد بعد حتى يحكم
ببطلانه وانما المراد ان العقد الواقع بصيغة الوقف يقع حبسا لا وقفا … ذلك الرابع قوله ويعود اليه مع

مع الحاجة يقتضي انه مع تحققها لا يتوقف عوده اليه على فسخ العقد بل ينفسخ بمجرد ظهورها وهذا هو الظاهر لان شرطه عوده
بها لا اعادته وبه قطع الاكثر ويحتمل عدم عوده بمجرد ظهورها بل يتوقف على اختياره فسخ العقد لان ذلك في معنى شرط
الخيار لنفسه في الرجوع ومن شأن هذه الشروط افادة التسلط على الفسخ لا الانفساخ بنفسه بل لو شرط الانفساخ
بنفسه لم يصح لان ذلك غير معهود شرعا وقد يستدل للجواز والانفساخ بنفسه بظاهر الشرط فان مقتضاه عوده مع
الحاجة بالفعل فيدخل في عموم المؤمنون عند شروطهم ويفرق بين ما لو شرط ذلك بهذا اللفظ وبين ما لو شرط تسلطه عليه
مع الحاجة فينفسخ بنفسه في الاول دون الثاني ولا يرد عليه ان هذا العقد لا يقبل الخيار فان هذا النوع من الخيار
مستثنى بالنص والفتوى دون غيره قوله ولو شرط اخراج من يريد بطل الوقف هذا عندنا موضع وفاق ولان وضع الوقف
على اللزوم واذا اشترط اخراج من يريد من الموقوف عليهم كان منافيا لمقتضى الوقف اذ هو بمنزلة اشتراط الخيار وهو باطل
وخالف في ذلك بعض العامة فسوغ … هذا الشرط كما سوغ شرط صرف الريع سنة الى غير الموقوف عليهم وصرفها سنة
اليه ومدة الى غيره ونحو ذلك والاصل ممنوع قوله ولو شرط ادخال من يريد مع الموقوف عليهم جاز سواء وقف على اولاده او
على غيرهم لان هذا الشرط لا ينافي مقتضى الوقف فان بناءه على جواز ادخال من سيوجد ويسويه مع الموجود واشتراط
ادخال من يريد ادخاله في معناه بل اضعف لانه قد يريد فيكون في معنى اشتراط دخوله وقد لا يريد فيبقى الوقف على
اصله فاذا جاز الاول اتفاقا جاز الآخر كذلك وبطريق اولى … ادخال من يريد يقتضي نقصان حصة الموقوف
عليهم فيكون ابطالا للوقف في ذلك البعض غير قادح لان ذلك وارد في شرط ادخال المولود … العقد لما اقتضى الشرط
لم يكن للموقوف عليه حق الا مطابقا له … ولان الوقف لا ينقص حق الموقوف عليه في الجملة وانما يختلف الحصة وذلك غير قادح
كالوقف على بطون تزداد تارة وتنقص اخرى قوله اما لو شرط نقله عن الموقوف عليهم الى من سيوجد لم يجز وبطل الوقف
هذا هو المشهور بل ادعى عليه الشيخ الاجماع ولما تقدم من ان شأن الوقف على اللزوم فاذا شرط نقله عن الموقوف عليه الى غيره
فقد شرط خلاف مقتضاه فيبطل الشرط والعقد وفي القواعد استشكل الحكم بالبطلان مما ذكرناه ومن عموم المؤمنون عند
شروطهم وقول العسكري عليه السلام السابق وانه يجوز الوقف على اولاده سنة ثم على المساكين … على صحته الاجماع وهو يقتضي
منع منافاة الشرط لمقتضى الوقف ولانه يجوز الوقف باعتبار صفة للموقوف عليه كالفقر فاذا زالت انتقل عنه الى غيره …
شرط وهو في معنى النقل بالشرط واستقربه في … ويمكن الفرق بين ما هنا وبين الوقف باعتبار الصفة فانه ليس على
الموقوف عليه مطلقا بل على المتصف بها خاصة فاذا زالت كان في معنى عدم الموقوف عليه بالموت ونحوه بخلاف نقله عنه بالارادة
واما الاجماع الذي نقله في … فقد رجع عنه في القواعد الى الاشكال … المسألة قوله وكذا لو وقف على اولاده الصغار
جاز ان يشرك معهم وان لم يشترط وليس بعيدا القول المذكور للشيخ … وتبعه عليه تلميذه القاضي لكن بشرط عدم …
ابتداء على الموجودين ومستند القول صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في الرجل يجعل لولده شيئا وهم صغار ثم
يبدو له ان يجعل معهم غيرهم من ولده قال لا بأس وقريب منها رواية محمد بن سهل عن ابيه قال سألت ابا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل
يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك ان يدخل معه غيره من ولده قال لا بأس به … على
… عن الكاظم عليه السلام واجيب بمنع دلالتهما على الوقف لان الجعل والصدقة اعم منه … والمشهور
عدم الجواز الا مع الشرط في عقد الوقف لعموم الادلة السابقة وتؤيدها رواية جميل بن دراج قال قلت لابي عبد الله عليه السلام

رجل

رجل يتصدق على ولده بصدقة وهم صغار اله ان يرجع فيها قال لا الصدقة لله وصحيحة علي بن يقطين عن ابي الحسن عليه السلام في الرجل
يتصدق ببعض ماله على بعض ولده ويبينه لهم اله ان يدخل معهم من ولده غيرهم بعد ان ابانهم بصدقة قال ليس له ذلك الا
ان يشترط انه من ولد له فهو مثل من تصدق عليه فذلك له والخبر الاول لا دلالة له على مطلوبهم لانه سأل عن الرجوع فيها
واشتراك غيرهم معهم ليس برجوع واما صحيحة علي بن يقطين فمعارضة بصحيحة … السابقة ويمكن التوفيق بينهما اما بان
يكون في الثاني قد شرط قصره على الاولين كما يشعر به قوله بعد ان ابانهم ويحمل الاول على ما لو لم يبنهم بذلك كما
عليه العلامة فيكون ذلك كقول القاضي والثاني بحمل النهي في الثاني على الكراهة جمعا وكلاهما بعيد … التأويل …
… لا دلالة في الصدقة على الوقف … الاحتياط في هذا الباب … قوله …
القبض معتبر في الموقوف عليه اولا … في بقية الطبقات لانهم يتلقون الملك عن الاول وقد تحقق
الوقف ولزم بقبضه فلو شرط قبض الثاني لانقلب العقد اللازم جائزا بغير دليل وهو باطل قوله ولو وقف على الفقراء
او على الفقهاء فلا بد من نصب قيم لقبض الوقف لما كان القبض معتبرا في صحة الوقف كان الوقف على مثل الفقراء او الفقهاء
وقفا على الجهة كما سلف لم يكن قبض بعض مستحقي الوقف لانه ليس هو الموقوف عليه في الحقيقة واذا كان الوقف على جهة
من جهات مصالحهم فلا بد من قابض للوقف ولما كان الحاكم هو الذي يرجع اليه حكم هذه المصالح كان نصب القيم لقبضه …
اليه وهو المراد من اطلاق نصب القيم … لو قبض بنفسه … المالك … قيما للقبض فالاقرب …
مع فقد الحاكم ومنصوبه ويحتمل … قبل ايقاع صيغته ان اعتبرنا … والا فقبله او بعده وهو الاقوى قوله ولو كان الوقف على
مصلحة عامة كالقناطر كفى ايقاع الوقف من … اشتراط القبول وكان القبض الى الناظر في تلك المصلحة هنا حكمان احدهما ان
الوقف على المصالح العامة كالقناطر والمساجد لا يشترط فيه القبول ووجهه ظاهر لان القبول يكون من الموقوف عليه وقد عرفت
ان الموقوف عليه في مثل ذلك هو الجهة ولا يتصور … قبولها … ما لو كان الوقف على معين فان قبوله ممكن فيكون
القول باعتباره ويفهم من قول المصنف ان القبول معتبر في غير الجهة … على اعتباره والثاني قبض الوقف في
مثل ذلك ولا ريب في اعتباره مطلقا ثم ان كان لتلك المصلحة ناظر شرعي من قبل الواقف تولى القبض من غير اشتراط …
الحاكم لان الناظر مقدم عليه وان لم يكن لها ناظر خاص فالقبض الى الحاكم قوله ولو وقف مسجدا صح الوقف ولو صلى فيه واحد
وكذا لو وقف مقبرة تصير وقفا بالدفن فيها ولو واحد اطلق المصنف تحقق قبض المسجد بصلوة واحد فيه بعد الوقف
وقبض المقبرة بدفن واحد فيها ويجب تقييدها بوقوع ذلك باذن الواقف ليتحقق الاقباض الذي هو شرط في صحة القبض وقيد
آخرون بايقاع الصلوة والدفن بنية القبض ايضا فلو وقع ذلك لا بنيته كما لو وقع قبل العلم بالوقف او بعده قبل الاذن
في الصلوة او بعدها لا بقصد القبض … لم يلزم ومثله الدفن وانما احتيج هنا الى …
مطلقا لان الفعل هنا … الجهة الموقوف عليها … كقبض الاجنبي بالنسبة الى قبض الموقوف عليه
فلا بد من نية صارفة له الى الوقف بخلاف الوقف على معين فان قبضه متحقق بنفسه … وهو حاصل فلا حاجة الى
قصد تعيينه ومن الفرق يظهر ان … الموقوف عليه … صح القبض من الغير وكذا الوقف …
… القبض السابق …
هذا كله اذا لم يقبضه الحاكم الشرعي او منصوبه والا فالاقوى الاكتفاء به اذا وقع باذن الواقف لانه نائب المسلمين

وهذا في الحقيقة وقف عليهم وان اختص بجهة المسجد والمقبرة ولانه ولي المصالح العامة لو سلم عدم كونه وقفا على المسلمين نفسه
فقبضه وبالجملة فان قبضه اقوى من قبض الحافظ والاذن لان الصلوة والدفن جزئي في الوقف وهو في معنى الصرف التي هي فرع
تحقق القبض بخلاف قبض الحاكم لانه نفس حقيقته واعلم انه لا فرق في الصلوة بين الواجبة والمندوبة ولا بين الواقعة
من الواقف وغيره ويشترط كونها صحيحة ليتحقق معها اشتراطها وكذا لا فرق في المدفون بين الصغير والكبير ويعتبر كونه دفنا
على الوجه الشرعي جامعا للشرائط وكون المدفون من جملة الموقوف عليهم كالمسلم فيما لو وقف على المسلمين ومن حكم من
يتبعه من طفل ومجنون وفي صغير المسلمين الوجهان قوله ولو صرف الناس في الصلوة في المسجد وفي الدفن ولم يتلفظ
بالوقف لم يخرج عن ملكه وكذا لو تلفظ بالعقد ولم يقبضه … ووجه عدم الخروج
لعدم كون الوقف من العقود اللازمة المتوقفة على صيغة مخصوصة ظاهر ولاصالة بقاء الملك على مالكه ما لم يثبت المزيل وكذا
القول فيما لو تلفظ بالصيغة ولم يقبضه لان القبض شرط في صحته وهذا موضع وفاق وانما نبه عليه على خلاف ابي حنيفة حيث
جعل الوقف متحققا بالاذن مع الصلوة وبالدفن كذلك عملا بالعرف وقياسا على تقديم الطعام للضيف والعرف ممنوع
والفرق ظاهر قوله وكذا الوقف ينتقل الى ملك الموقوف عليه لان فائدة الملك موجودة فيه والمنع من البيع لا ينافيه الخ الكلام
هنا يقع في موضعين احدهما ان الموقوف هل ينتقل عن ملك الواقف ام يبقى على ملكه فالمشهور وهو اختيار المص انتقاله
عنه لان الوقف سبب يقطع التصرف في الرقبة والمنفعة فيزيل الملك كالعتق ولانه لو كان باقيا على ملكه لرجعت اليه قيمته كالملك
المطلق ونقل عن ابي الصلاح من علمائنا وهو احتمال … وجماعة من العامة انه لا ينتقل عن ملكه لقول النبي ص حبس الاصل وسبل الثمرة
من حيث الحبس على الادمي لا يخرج عن الملك ولجواز ادخال من يريد مع صغار الاولاد ولو انتقل لم يجز ذلك وله في الصغرى انه
نقض في الكبرى ظاهر ويجيب عن الاول بان المراد بحبس الاصل ان يجعل محبوسا على ملك الموقوف عليه وما في معناه لا يباع ولا
يوهب ولا يورث والملك … على هذا … الشرائط ومطلق الحبس لا يدل على عدم الخروج فان منه ما يخرج عن الملك مع
ان هذا الخلاف ليس هو ذلك لانه قسيمه فلا يكون قسما منه بل هذا حبس قوي وادخال من يريد مع اولاده ان سلم فبدليل
خارج والاقوى الاول والثاني على تقدير القول بانتقاله عن ملكه الى من ينتقل فذهب الاكثر ومنهم المص الى انه ينتقل الى
الموقوف عليه مطلقا لما اشار اليه المص من انه مال مملوك لوجود فائدة الملك فيه وهي ضمانه بالمثل او القيمة وليس الضمان
للواقف كالعين فيكون للموقوف عليه ومنعه من بيعه لا ينافي الملك كام الولد فانها مملوكة للمولى مع عدم جواز بيعها في
الجملة بيعه على بعض الوجوه وسيأتي وينتقض بالحصر للمسجد والاية فانها تضمن بالقيمة وملكها لله تعالى لا للناس وربما
انتقض بالنقض وجعلنا المنفعة في الوقف على المعين وقفا ولو جعلنا للموقوف عليهم لم يتم وفيه نظر لان جعل الموقوف عليهم
مالكا يلزم كل النقض من حيث ان ذلك الفرع تحقق الملك فيما هو جعله وقفا فانه يبقى على اصل الشبهة واحتج الامام فخر
الدين على الانتقال اليه برواية علي بن سليمان ان الوصل المتضمنة للسؤال على ارض موقوفة على قوم مشترين منهم قوم
البلاد فاجاب بعض الثاني عليكم بانها المرحوم البلد الذي فيه الملك ووجه الاستدلال … اللام المفيد للملك
ان الحكم عليه هو الارض لا منفعتها لانها المذكورة سابقا وفيه نظر لان الحكم لو كان للارض لما … من غاب عن البلد
منهم شيئا منها وهو خلاف الاجماع وان الحكم انه لا يجب تتبع من غاب مع انه لو تتبع … ومثله ما لو ذهب قوم من البلد
في حقه فان الحكم ينعكس وهو منافي للملك المذكور وكيف كان فالاقوى الانتقال اليه كما ذكر لكن هذا انما يتم في الموقوف عليه

العين المحض

العين المحض اما لو كان على جهة عامة او مسجد ونحوه فالاقوى ان الملك فيه لله تعالى لتساوي نسبة كل واحد من المستحقين اليه
واستحالة ملك كل واحد او واحد معين او غير معين للاجماع واستحالة الترجيح ولا الجميع من حيث هو مجموع لانحصاره
الحاضرين والموجودين في الملوكية الحكم بانتقاله الى الموقوف عليهم فيه … كما اطلقه الشيخ وجماعة نظرا الى ما تقدم وجواز
كون الموقوف عليه هو الامر الكلي … في جوابه من ان المالك لا بد ان يكون موجودا في الخارج لاستحالة
ملك من لا وجود له ولا يعتبر … المتنازع ويجاز ان يكون الموقوف عليه الجهة والملك لها ويمنع من عدم قبولها للملك فانه
كما يجوز الوقف عليها يجوز … الملك اليها كذلك فالاقوى التفصيل خصوصا في الوقف على المسجد والقنطرة لانه فيما … فك ملك
كتحرير العبد … لا يشترط فيه القبول من الحاكم ولا من غيره ولا يشترط القبض من الحاكم بل كل من تولاه من المسلمين صح
بالصلوة كما مر ومثله المقبرة اما الجهات العامة فلما اشترط فيها قبض القيم او الحاكم وقيل باشتراط القبول فيها كان القسمة
فيها اقوى والمراد بكون الملك لله تعالى انفكاكه عن ملك الادميين واختصاصهم لا كونه مناطا لعدم ما يملكه
الله تعالى وتظهر فائدة الخلاف في مواضع سيفرع المص بعضها قوله فلو وقف حصته من عبد ثم اعتقه لم يصح العتق
لخروجه عن ملكه هذا من جملة الفروع على انتقال الملك عن الواقف فلا فرق بين كون الموقوف حصته من العبد وجميعه
لاشتراكهما في المعنى وانما فرض في الحصة ليفرع عليها مسئلة من عتق الشريك حصته قوله ولو اعتقه الموقوف عليه لم يصح
ايضا لتعلق حق البطون به لما كان الحكم بانتقال الملك الى الموقوف عليه وبما اوهم جواز عتقه فرع التعيين بالعتق وغيره
والامر ليس كذلك نبه على منعه ايضا وعلله بانه وان كان مالكا الا ان الحق ليس منحصرا فيه بل مشترك بينه وبين ما بعده من
البطون وان لم يكن موجودا بالفعل فعتقه مضر بالعتق … منه فلا يصح وهذا التعليل لا يتم مطلقا … شرط
الواقف ان يكون لبعض البطون بل قد يكون مختصا به لما تقدم من صحة جعل الوقف المنقطع الاخر وقد يكون بعده لجهات عامة
لانه لا يسمى بطونا ويمكن السلامة من الاول بجعل الوقف المنقطع حبسا كما هو احد الاقوال في المسئلة وان لم يكن صحيحا بدون
اللازم هنا ليس الحبس الجهات الدائمة بعد … بحكم في البطون وكيف كان فلا يخلو العبارة من تجوز والاولى تعليل عدم
صحة عتقه بكون الوقف يقتضي تحبيس الاصل على الموقوف عليه والعتق ينافيه وح فالقول بالكراهة لا يقتضي جواز عتقه
الاصل المستفاد من كل تصرف ناقل للملك من العتق وغيره قوله ولو اعتقه الشريك مضى العتق في حصته ولم يقوم عليه لان
العتق لا ينفذ فيه مباشرة فالاولى ان لا ينفذ سراية ويلزم من القول بانتقاله الى الموقوف عليهم انفكاكه من الرق … حاله
ما تفرع على المذهب السابق وتحرير القول في ذلك ان يقول العبد الذي بعضه وقف وبعضه طلق لو اعتق صاحب الطلق حصته
هل يسري عليه فيعتق اجمع ام لا يبني على ان الملك في الوقف هل يبقى للواقف ام ينتقل الى الله تعالى ام الى الموقوف عليه فعلى الاولين
لا يسري لانه لو انتقل الى الله تعالى كان في معنى التحرير الذي لا يقبل التغيير وان لم ينتقل عن الواقف كان في معنى المباشرة وهو
ممتنع ايضا لما يلزم من ابطال حق الموقوف عليه وعلى القول بانتقاله الى الموقوف عليه فيبني السراية وعدمها على … الله
وذهب الاكثر بل كاد يكون اجماعا الى عدم السراية لما اشار اليه المص من العلة وهو ان العتق لا ينفذ في الحصة الموقوفة
مباشرة كما سبق فالاولى ان لا ينفذ فيها سراية ووجه الاولوية ان العتق مباشرة اقوى من العتق بالسراية لانه يؤثر
في ازالة الرق بلا واسطة وهي انما تؤثر بواسطة المباشرة ولانها من خواص عتق المباشرة وتوابعه فاذا لم يؤثر الاقوى المتبوع
فدون الحاجة بالاضعف والتابع اولى … السراية … بقوله ويلزم من القول بانتقاله الى الموقوف عليهم انفكاكه

من الرق ويفرق بين العتق مباشرة وبينه سراية بان العتق مباشرة يتوقف على انحصار الملك في المباشر …
شريكه متخصص بخلاف … فاثر المباشرة لفوات هذا الشرط وليس هذا الشرط معتبرا في عتق السراية وهو ان الله
الرق شرعا بطريق القهر … اشكال … الحصة … لا منافاة بين عدم نفوذ
الاقوى لفقد شرطه ونفوذ الاضعف لاجتماع شرائطه وفي بدء عموم قول النبي ص من اعتق شركا من عبد له قوم عليه
الباقي وهذا الفرق مبني على ان المانع من عتق الموقوف عليه انما هو حق الشركاء كما تقدم تقريره من قوله لتعلق حق
البطون به وقد عرفت انه غير جيد وانه ممنوع من التعتق سواء كان معه شريك ام لا لاقتضاء الوقف تحبيس الاصل
وح فلا فرق على العتق مباشرة وسراية وانما يتم الفرق في بعض الفروض وهو ما لو كان الوقف على بطون متعددة او
جهات كذلك لا مط واما عموم النص بالسراية فمعارض بمثله في المنع من التعتق فيه اصل الوقف فيبقى معنى استصحاب
حال الوقف الى ان يثبت الناقل الخالي عن المعارض ولاقتضاء السراية سلطنة على مال الغير فيقتصر فيه على موضع الوفاق
واعلم ان ما بناه من الحكم على الاقوال الثلاثة هو مط كلام المص لانه قال ويلزم من القول بانتقاله الى الموقوف عليهم
انفكاكه ومفهومه انا اذا لم نقل بذلك سواء قلنا بانتقاله الى الله تعالى ام بقائه على ملك الواقف لا ينفك وبهذا المفهوم
صرح الشهيد ره في ش فقال ان الوجهين مبنيان على المالك فان قلنا هو الله تعالى او الواقف فلا سراية وان جعلناه
الموقوف عليهم فالموقوف عليه فالاقرب عدم السراية وفي شرح الارشاد جعل الاحتمال قائما عليهما فقال الاحتمال تقويمه
متفق على تقدير القول بانتقال الموقوف الى الله تعالى ويقوى على تقدير القول بانتقاله الى الموقوف عليهم هذا لفظه ولم
يذكر حكمه على القول بعدم انتقاله عن ملك الواقف والحق ان الاحتمال قائم على الجميع لان عموم خبر السراية شامل للجميع والمنع
مباشرة لعارض موجود كذلك وقد قررناه سابقا والفرق بين ملك الواقف والموقوف عليه ضعيف جدا فان كلا منهما
ممنوع من التصرف الملحق للموقوف عليه مط او لباقي البطون او لعموم اقتضاء الوقف تحبيس الاصل عن مثل هذا التصرف
واما القول بانتقاله الى الله تعالى فضعيف فان … قطع سلطنة المالكين من الواقف والموقوف عليهم وذلك ايضا لا
ينافي امكان عتقه حيث يدل عليه دليل وليس هو في معنى التحرير مط ولهذا جاز بيعه في بعض الموارد خلافا للتحرير وان كان
الحكم على تقدير انتقاله الى الموقوف عليه اوضح واعلم انه على القول بالسراية … يكون … الوقف على …
… قوله اذا وقف مملوكا كانت نفقته
في كسبه شرط ذلك او لم يشترط ولو عجز عن الاكتساب كانت نفقته على الموقوف عليهم ولو قيل في كسبه كذلك كان اشبه
هذا الحكم ايضا متفرع على ملك الوقف فان جعلناه للموقوف عليه كما اختاره المص ففي نفقته وجهان احدهما انه من كسبه لان
نفقته من شروط بقائه كعمارة العقار … على حق الموقوف عليه ولان الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه و
هو موقوف على بقاء عينه وانما يبقى بالنفقة فيصير كانه شرطها من كسبه والثاني وهو الاقوى وجوبها على الموقوف عليه لانه
ملكه والنفقة تابعة للملك واما اذا قلنا بان الملك لله تع فينبغي ان نفقته من حق المنافع كالاجير الخاص والموصى بخدمته على
من يستحقها … على الموقوف عليه ايضا والاقوى كسبه فان تعذر ففي بيت المال ويحتمل كونها في بيت المال
وعلى القول بكون المالك هو الواقف فالنفقة على الموقوف عليه على الاول وعلى الواقف على الثاني فان تعذرت لاعسار او
من كسبه فان فقد ففي بيت المال ويحتمل تقديم كسبه وتقديم بيت المال والعمارة العقار … والاقوى هنا انه ان صرح

لم يجب

لم يجب على احد بخلاف الحيوان لوجوب صيانة روحه ولو مات العبد فمؤنة تجهيزه كنفقته بحيوته قوله ولو صار مقعدا انعتق عندنا
فيسقط عنه الخدمة وعن مولاه نفقته اما سقوطها عن مولاه فلان نفقته من حيث هو مملوك لانه قد صار حرا ولكن نفقته …
مع عجزه وعدم وجود ما يبذل انها على المسلمين كفاية كغيره من المضطرين والموقوف عليه من الجملة فيجب عليه لكن من هذه الحيثية
لا من حيث الملوكية قوله ولو جنى العبد الموقوف عمدا لزمه القصاص فان كانت دون النفس بقى الباقي وقفا وان كانت نفسا اقتص
منه وبطل الوقف وليس للمجني عليه استرقاقه اذا جنى العبد الموقوف عمدا لزمه القصاص لتساوي الادلة المثبتة له وان استلزم ابطال
الوقف وهو موضع وفاق ثم ان كانت الجناية دون النفس بقي الباقي وقفا لوجود المقتضي فيه فلا يبطل الوقف بتلف بعض الموقوف عليه
وان كانت نفسا تخير الولي القصاص فالامر واضح وان اختار الاسترقاق الذي هو احد فردي الحق في الجناية ان جنى على الادمي عمدا
كان الجاني عبدا ففيه قطع المص بانه ليس له استرقاقه ووجهه ان الوقف يقتضي التابيد ما دامت العين باقية وهو ينافي
استرقاقه ولاستلزامه بطلان الوقف مع بقاء عينه وخروجه عن الوقف في بعض الموارد لدليل خارج لا يقتضي التعدي حيث لا
دليل وقيل له الاسترقاق ايضا لان المجني عليه يستحق ابطال الوقف واخراجه عن ملك الموقوف عليهم بالقتل قطعا فالعفو عنه
مطلوب شرعا وفي الاسترقاق جمع بين حق المجني عليه وفضيلة العفو وابقاء النفس المحترمة بالاصل فيكون اولى من القتل و
التابيد الواجب في الوقف انما هو حيث لا يطرء عليه ما ينافيه وهو موجود هنا فيما هو اقوى من الاسترقاق وهذا اقوى قوله
وان كانت الجناية خطأ تعلقت بمال الموقوف عليه لتعذر استيفائها من رقبته وقيل يتعلق بكسبه لان المولى لا يعقل عبدا
الى قوله وهو اشبه القول الاول للشيخ ره وجماعة ووجهه ما ذكره المص من تعذر استيفائها من رقبته اذ لا يتعلق الارش الا
برقبة من يباع وقد امتنع ذلك بحكم الموقوف عليه فكان عليه ان يفديه بالارش والاقوى ما اختاره المص لانه … جمعا بين الحقين
نعم لو لم يكن كسوبا اتجه تعلق الجناية برقبته وجواز بيعه كما يتعلق في العبد والبيع امر لابد منه … المص في المختلف التعلق
بالرقبة وجواز المنع مط لما ذكرناه وهذا كله مبني على انتقال الملك الى الموقوف عليه اما لو قلنا بعدم انتقاله او انتقاله الى الله
تع تعلق بكسبه قطعا ويحتمل تعلقها بالواقف لعدم القول بانتقاله منه وتعلقها ببيت المال لو قلنا بالانتقال الى الله تع قوله
اما لو جني عليه فان اوجبت الجناية ارشا فللموجودين من الموقوف عليهم وان كانت نفسا توجب القصاص فاليهم وان اوجبت دية
اخذت من الجاني وهل يقام بها مقامه قيل نعم وقيل لا وهو اشبه قوله اما استحقاقهم للارش فلا شبهة فيه لانه عوض جزء
فات او صفة وكلاهما من توابع العين التي هي مستحقة لهم واما استحقاقهم القصاص على تقدير فوات نفسه فينبغي تقريبه على
القول بانتقال الملك اليهم ليكونوا هم الاولياء كما لو كان المجني عليه عبدهم اما لو قلنا بانتقاله الى الله تع احتمل ان يكون حكم
القصاص الى الحاكم لانه ولي جميع المصالح المتعلقة بالله تع ويحتمل ثبوته ايضا لاختصاص الموقوف عليهم من حيث تعلقهم به وانتفاعهم
بمنفعته عادة واحتمال ان يصالح القاتل على مال فيرجع نفعه اليهم مط او وقفا على ما سيأتي وعلى كل حال فعلقة الملك متعلقة بهم
وان لم نقل بملك نفس الرقبة ولو قلنا ببقائه على ملك الواقف فعفو القصاص اليه والمراد بكونها نفسا توجب القصاص ان
يكون القاتل عبدا مثله وبكونها موجبة المال ان يكون القتل خطأ او القاتل حرا او فيه شيء من الحرية او ابا ونحو ذلك فان
اخذت الدية على تقدير ثبوتها او صالحهم عليها في العمد فهل يجب شراء عبد بها قيمته او بعض عبد يكون وقفا ويختص بها الموجودون
من الموقوف عليهم وقت الجناية قولان اشار المص الى وجههما ووجه الاول ان الدية عوض رقبته والرقبة ليست ملكا تاما للموجودين
بل للبطون اللاحقة فيها حق وان لم يكن بالفعل لكنه بالقوة القريبة منه لحصول السبب المملك والمعدات للملك ولم يتعلق بهما

سوى وجودهم ومع ملاحظة السبيل الى البطلان لتمام ومع يجب ان يشترى به عبدا او بعض عبد يكون وقفا ابقاء للوقف بحسب الامكان وسيانة له
عن الابطال وتوصلا الى غرض الواقف ولان الوقف تابع لبقاء المالية وهل يجب الشراء بقيمته حيث يجوز بيعه يكون وقفا وجهان
الثاني ان الوقف ابتداء يتعلق بالعين لانه موضوعه العين الشخصية لا غير وقد بطلت ما بلا عين فلا يمنع ان يكون لمن سيوجد من
البطون فيه حق لانهم حال الجناية غير مستحقين ووقف صير وبينهم مستحقين عند خروج المالك عن كونه وقفا وضعيف بان الغنم بدل
العين فيملكه من يملكها على حد من يملكها ويتعلق بها حق من يتعلق حقه بها او الوقف وان لم يتناول القيمة لفظا لكنها يتناولها
اصطفاء من حيث انها قائمة مقام العين ولان حق الوقف اقوى من حق الرهن وهو يتعلق بالقيمة فالوقف اولى وح فالاقوى
الاول ويتوضا مباحثنا الاول يظهر من العبارة ان الملك يختص بالدية اما الارش فقد يقطع بكونه للموجودين والذي يقتضيه الدليل
صرح به غيره ان حكمه كالدية والخلاف واقع فيهما والضابط بجار الجناية المال الثاني على تقدير شراء بدله من يتولى شراءه وجهان
الفاعدة السابقة فان قلنا الملك للموقوف عليهم تولى الشراء لهم لانهم المالكون والبطون اللاحقة تابعة لهم ويحتمل الحاكم
نظرا الى مشاركة البطون اللاحقة وليس للسابق ولاية عليهم بخلاف الحاكم وان جعلنا الملك لله فالحاكم ليس الاول لولي بقيناء
على الواقف بالوجهان ويحتمل حيث يتعدد الحاكم تولاه الموقوف عليه قطعا ان تعدد او كان شرط بعض الموقوف حسبه انا
هل يصير وقفا بمجرد الشراء ام يفتقر الى الصيغة كل محتمل وان كان الاول اقوى لانه بالشراء يصير بدلا عن العين كالرهن وعلى
الثاني يباشره من يباشر الشراء الرابع لو لم تف القيمة بعبد كامل اشتري شقص بها استثناء للامر بحسب الامكان ولو فضل منه فضل
فضل عن قيمته عبد اشترى معه ولو شقص اخر بالباقي الخامس هل الموقوف عليهم العفو عن القصاص او عن الارش والدية بني على
ان البطون اللاحقة هل يشاركون فيه ام لا فعلى الاول ليس لهم العفو وعلى الثاني لهم لانحصار الحق فيهم السادس على تقدير
المشاركة لو عفا الاول فعلى الثاني ان يستوفي لوجود سبب الاستحقاق من حين الجناية وان لم يثبت الفعل مع تعلق العدم
تجدد استحقاقهم بعد سقوط الحق بالعفو وعلى تقدير جواز استيفاء الثاني هل له القصاص كالاول لو كانت الجناية توجبه ام
يختص بالدية وجهان من مساواته للاول في الاستحقاق ومن تغليب جانب العفو بحصوله من الاول والاقوى الاول
السابع لو كان الجاني عبدا واسترقا وبعضه فهل حكمه من الاول مرادا شاركه البطون قولان مبنيان والاقوى المشاركة
لما قدمناه قوله اذا وقف في سبيل الله انصرف الى ما يكون وصلة الى الثواب كالغزاة والحج والعمرة وبناء القناطر والمساجد
لما كان السبيل هو الطريق وسبيل الله كلما كان طريقا الى الثواب ورضوانه الى اتحاد الاخير تحمل عليه كالقربة البدنية والوقف
في سبيل الله مصروف كل مصلحة يتقرب بها الى الله تعالى كما ذكر في الامثلة وغيرها من نفع المحاويج ونحو ذلك وقال الشيخ رحمه الله يختص
الوقف في سبيل الله بالغزاة المطوعة دون العسكر المقاتل على باب السلطان وبالحج والعمرة فيقسم اثلاثا وقال ابن حمزة
سبيل الله المجاهدون والاقوى المشهور والمختار من حمل ما ذكر اقوى فان ذلك لا يمنع من تناول غيره مما يدخل في مفهوم
قوله وكذا لو قال في سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير كان واحدا ولا يجب قسمة الفائدة اثلاثا في المشهور بين الاصحاب
ان هذه المفهومات الثلاثة يرجع الى معنى واحد وهو سبيل الله بالمعنى العام المتقدم والعرف واللغة يرشد اليه ومن قوله ولا
يجب قسمة الفائدة اثلاثا على خلاف الشيخ رحمه الله حيث ذهب الى قسمته مثلثة اقسام ثلث الى الغزاة والحج والعمرة وهو سبيل الله
وثلثه الى الفقراء والمساكين ويبدأ باقاربه وهو سبيل الثواب وثلثه الى خمسة اصناف من الذين ذكرهم الله تعالى في اية الصدقة
وهم الفقراء والمساكين وابن السبيل والغارمون وفي الرقاب وهو سبيل الخير ودعوى هذا التفصيل لا يخرج عن التحكم والاقوى الاول

الثلث

وقف
الثلثة وهو قول اخر للشيخ رحمه الله قوله اذا كان له موال من اعلى وهم المعتقون له وموال من اسفل وهم الذين اعتقهم ثم
على مواليه فان علم انه اراد احدهما انصرف الوقف اليه وان لم يعلم انصرف اليهما لان اسم المولى يطلق بالاشتراك اللفظي
على معنيين على السيد الذي اعتق او انتمى اليه ولاء العتق ويقال له المولى من اعلى وعلى العبد الذي اعتقه سيده
ويقال له المولى من اسفل بالنسبة الى المعتق ومن اسفل ولاء وفاء او وقف على مواليه فان كان له موال من احد الجانبين
خاصة انصرف الوقف اليه قطعا كان له جمع الصنفان فان دلت القرينة على ارادة احدهما ادخلها انصرف الوقف اليه
بحسب القرينة وهذا ايضا لا اشكال فيه وان انتفت القرائن رجع الى تفسيره لانه اعلم بما اراد فان تعذر الرجوع اليه
او قال انه لم يقصد شيئا بخصوصه وانما وقف على مدلول هذا اللفظ ففي بطلان الوقف او صرفه اليهما او الى الجهة
اقوال وتحقيق القول فيها يتوقف على مقدمتين احدهما انه هل يشترط في الجمع اتحاد معنى افراده حتى يمتنع تثنية
المشترك باعتبار معانيه والحقيقة والمجاز وجمعهما ام لا وجهان للنحاة نعم هما اشهرهما كما قال الشيخ في الدروس على ان
اقتضاء كلام ابن مالك في التسهيل انه لا يشترط لان الف التثنية في المثنى وواو الجمع في الجمع بمنزلة واو العطف
قال جاء الزيدون كانك قلت جاء زيد وزيد وزيد وكما يصح عطف المتفق في المعنى بالواو صح عطف المختلف
الثانية ان المشترك عند تجرده عن القرينة الدالة على ارادة معانيه او بعضها هل يحمل على الجميع او يبقى مجملا الى ان يظهر
ارادة احدهما او يحمل على الجميع ان كانت جمعا خاصة فيه اقوال للاصوليين اشهرها الثاني وتحقيقه في الاصول اذا
تقرر ذلك فنقول اذا وقف على مواليه وله موال من الجانبين ولم يحصل احد الامرين فان قلنا بجواز جمع المشترك
حملناه على معانيه مطلقا او مع جمعه في الوقف وصرف اليهما كما اختاره المصنف رحمه الله وكذا ان قلنا يحمل الجمع عليها خاصة
لانه هنا وقع جمعا وان قلنا بعدم حمله على معانيه حقيقة بطل لعدم التعيين مع فرض تعذر الرجوع فان جمع المشترك
معانيه ام لا اما على الاول فظ واما على الثاني فلانه خرج بالجمع عن المفرد المشترك وحكمه كذلك التحقيق في المسئلة وللاخراج
وجه احدهما العقلية لما ذكره من ان المولى متناول للجميع كالاخوة فلو اطلقه تناول الاخوة من الابوين ومن احدهما او
هو قول الشيخ وفي هذا التعليل نظر لان دعوى المولى مشترك اشتراكا معنويا كالاخ وبطلانه ظاهر لان الاخوة يجمعها
معنى واحد وهو اتصال التخصيص بالتولد من ثالث متصل بها وهذا المعنى مشترك بينهما فيه كثيرون كاشتراك الانسان في
افراده من حيث اشتراكها في معنى الانسانية وهو الحيوان الناطق بخلاف المولى فان فرديه وهما المعتق والمعتق لا يجمعهما
معنى واحد بل هما متباينان وانما اشتركا في اللفظ خاصة ونص اهل اللغة على اشتراكه لفظيا والثاني انه ان جمع
اللفظ كما ذكرنا حمل على المعنيين وان افرد حمل على الاعلى خاصة وهو قول ابن حمزة ولعل قرينة الاختيار على
الكافر وقيل وهو مبني على ان لفظ المولى مقول له بالتشكيك ومقوليته على الذي اعتقه اولى من مولى نعمته وانه يحمل لفظ
الجمعية بما كما هو احد الاقوال وفيه ان مقوليته بالتشكيك يتوقف على كون اشتراكه معنويا وقد عرفت فساده واما
الجمع فالحمل للجميع لو قال افراد المشترك بخصوصه وان كان هنا قد وقع مضافا وهو من صيغ العموم المستغرق لما يصلح له وهو صالح
للكل لان العام هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد بخروج المشترك والمجاز فتعريف العموم منزل على مذهب
الشوم في جواز استعمال المشترك في كلا معنييه في جزئية الجمع الكلي في تعريف العام بانه اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له من
منع زاد بوضع واحد لتخرج المشترك وح فلا فرق بين المفرد والجمع والوجه الاخر في المسئلة انه مجمل على المولى من اسفل خاصة

قرينة كونه عنها لجاجة الباطنين تحير النفس الى الوقف عليهم لشدة حاجتهم بخلاف الاعلى فانه على العكس غالبا
في هذا الوجه لا نعلم به قائلا من اصحابنا نعم هو قال الشافعية هذا كله اذا وقع بلفظ الجمع ولو وقع بلفظ بان وقف
على مولاه وتعدد ففي بطلانه او صرفه اليهما او الى احدهما الاوجه ايضا الا ان بعض المقدمات والتعليلات تختلف
هنا كما لا يخفى والاصح البطلان في الجميع قوله واذا وقف على اولاده او اولاد اولاده اشترك اولاد البنين والبنات
ذكورهم واناثهم من غير تفضيل اما اشتراك الجميع فلصدق الاولاد على الذكور والاناث قطعا فيصدق على اولادهم
مطلقا انهم اولاد اولاده وان لم يصدق على اولاد الاولاد انهم اولاده بطريق الحقيقة على ما تقدم فيه من الخلاف واما
اقتسامهم بالسوية فلاقتضاء الاطلاق ذلك مع اشتراكهم في سبب الاستحقاق واستواء نسبتهم اليه واعلم انه كما يدخل
الاناث في الاولاد ويدخل الخناثى لشمول اسم الولد لهم سواء حصرناهم في البنين والبنات ام جعلناهم طبقة
ثالثة بخلاف ما لو وقف على البنين خاصة او على البنات خاصة واولادهم اما لو جمع بينهما ففي دخولهم قولان
للعلامة في عدوى ومنشاؤهما انهم ليسوا بذكور ولا اناث وانهم لا يخرجون عن الصنفين في نفس الامر و
لهذا يخرج احدهما بالعلامات ومع فقدها يورث نصف النصيبين على حده فيهما بل يكون ولا نسلم على عدم وجود
كون الطبيعة الثالثة متوسطة الحقيقة واما الاستدلال على الانحصار فيهما بمثل قوله تعالى يهب لمن يشاء اناثا و
يهب لمن يشاء الذكور فالاية تعضده قوله اما لو قال من انتسب الى منهم لم يدخل اولاد البنات في هذا اصول الاشهر
وقد تقدم خلاف المرتضى رحمه الله في ذلك وانه حكم بدخولهم في الاولاد حقيقة وهو يقتضي انتسابهم اليه بطريق اولى
قوله لو وقف على اولاده انصرف على اولاده للصلبه ولم يدخل معهم اولاد الاولاد وقيل يشترك الجميع والاول
اظهر لان ولد الولد لا يفهم من اطلاق لفظ الولد اذا وقف على اولاده او اولاد فلان واطلق فلا يخ اما ان يكون
هناك قرينة حالية تدل على تناول اولاد الاولاد كالاولاده ثم اوصافا لية كقوله للاعلى فالاعلى او بطنا بعد
بطن او يقف على ولد فلان وهو يعلم انه ليس له ولد من صلبه ونحو ذلك اولا فان وجد نظر بمقتضاها
ويشمل اولاد الاولاد وبيان لا يبقى اشكال والا ففي الحقيقة بالاولاد اولاد الصلب او شموله لاولادهم قولان اصحها
عند المص والاكثر الاول لما اشار اليه المص من الدليل فان ولد الولد غير متبادر من اطلاق لفظ الولد ولهذا يصح سلبه
عنه فيقال ليس ولدي بل ولد ولدي واصل الاطلاق عليه من الحقيقة ولا نزاع في الاستعمال المجازي واما الاستدلال
على عدم دخولهم بقوله تعالى ووصى بها ابراهيم بنيه ويعقوب في قراءة من قرا بالنصب عطفا على بنيه وهو ابن
ابنه والعطف يقتضي المغايرة يدل على عدم تناولهم لهم فضعيف لانه يكون مع شذوذ هذه القراءة مغايرة الى الملائكة
جاء في قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل مع ان جبريل من جملة الملائكة وكون المغاير مصاحبا
لا ينفي جواز اصل العطف كذلك فانه غير مشترط به وان كان الظاهر جواز ارادته هنا ايضا تخصيصا بشان يعقوب على
انه وان لاده والمقروء ويعقوب بالرفع عطفا على ابراهيم ولا اشكال فيه وذهب جماعة من الاصحاب منهم المفيد والقاضي و
ابن ادريس الى دخول اولاد الاولاد بقوله تعالى يا بني ادم يا بني اسرائيل وللاجماع على تحريم حليلة ولد الولد من قوله تعالى و
حلائل ابنائكم الذين من اصلابكم ولاجماعهم في مثل قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين وحرمت عليكم امهاتكم وبناتكم ونحو ذلك ودخولهم في الكل كلام الشارع يقتضي دخولهم في غيره ولقول النبي لا امرة

ابي لما

ابي لما بال الحسن عليه السلم ان ابني هذا سيد لا تنطق عليه من اولاد الاصل في الاستعمال الحقيقة وجب بان دخولهم ثم بدليل خارج
لا من حيث هذا الاطلاق ومطلق الاستعمال اعم من الحقيقة وقد حقق في الاصول واستدل ايضا بان اسم الولد لو كان شاملا
الجميع حقيقة لزم الاشتراك والا لزم الجاز فهما اولى من الاشتراك وفيه نظر لجواز ان يكون مستعملا في القدر
المشترك بان يكون متواطئا او مشككا وهو اولى منهما والاقوى عدم الدخول الا مع القرينة قوله ولو قال على اولادي
واولاد اولادي اختص بالبطنين هذا متفرع على السابق على القول بعدم دخول اولاد الاولاد ثم يدخلون هنا في كل من
البطنين والاصح الاختصاص بمن ذكر قوله ولو قال على اولادي فاذا انقرضوا وانقرض اولاد اولادي فعلى الفقراء
فالوقف لاولاده فاذا انقرضوا احتمل صرفه الى اولاد اولاده فاذا انقرضوا فالى الفقراء وقيل لا لان الوقف لم
يتناولهم هو اشبه في البحث في هذه المسئلة يقع في موضعين احدهما ان اولاد الاولاد هل يدخلون في الوقف
ام لا والذي اختاره الشيخ رحمه الله الدخول عملا بالظاهر والقرينة المقالية فان الواقف لما شرط انقراضهم في انتقال الوقف
الى الفقراء اقتضى انه وقف عليهم ولانه عطف الانقراض على الانقراض والغرض الاول لا حكم في الوقف فيتعين الاخير
ولانه لولاه لكان الوقف منقطعا مع ان شانه الدوام وردها بانتفاء دلالة اللفظ على ذلك باحدى الدلالات الثلث
والتضمن ظ واما الالتزام فلان اللفظ صالح للتنصيص بالحر في اليهم وعدمه ولا دلالة للعام على الخاص فلا يلزم من
اشتراط انقراضهم كونه وقفا عليهم لا انتفاء وجه التلازم ولانه لو دل على الوقف عليهم يوجب الترتيب بينهم وبين الاولاد
لانتفاء ما يشتمل على الترتيب هو لا يقول به والجيب بمنع انتفاء دلالة الالتزام وسند ما ذكره لزوم الدوام في الوقف وجعل
انقراضهم شرطا خاصة والدوام مستلزم لوجود موقوف عليهم في ذلك الوقت وليس غير البطن الثاني صالحا له فكان له و
الترتيب انما حصل لانهم لم يدخلوا باللفظ الاول بل بعطفهم على الاولاد المنقرضين فالحكم انما استفيد من اللفظ بعد الحكم
بانقراض الاولين فكان استحقاقهم مرتبا على انقراض الاولين وفيه نظر لان حفظ الوقف عن الفساد والحكم له بالدوام
لا يكفي فيه مجرد رعاية جانب المعنى حيث لا يساعد من لفظ دلالته فالحال هنا كذلك فان البطن الثاني لم يتعرض للوقف عليه
بوجه فيكون مع تجاوز في اللفظ الوسط فلا يجوز اثبات الحكم بدوامه بمجرد ذلك من غير دلالة وقد عرضت انتفاؤها من اللفظ
فان قيل اشتراط انقراض اولاد الاولاد دليل على شامل الاولاد لولد الصلب حقيقة ولولد الولد مجازا ان لم نقل انه حقيقة
كما عند المفيد والجماعة واستعمال اللفظ في حقيقته ومجازه جائز بالقرينة فانه لو لا حمله على ذلك لكان ذكره اولاد الاولاد
لغوا قلنا نمنع استلزامه اللغو ووجود القرينة على ذلك فان اولاد الاولاد بعد الاولاد ويدل على ان الاول لم يتناولهم
فكيف يدعى ارادتهم بالقرينة وفائدة ذكرهم جعل انقراضهم شرطا لاستحقاق الفقراء وان لم يدخلوا في الوقف نعم على القول
المفيد ومن يتبعه لشمول الاولاد لاولادهم يتجه دخولهم في الوقف بمجرد ذكر الاولاد ويكون ذكرهم ثانيا لفائدة بيان وقت
استحقاق الفقراء فيكون في قوة تقييد اطلاق اولاد الاولاد الشامل للبطون المترتبة ابدا بالبطنين الاولين فيكون ذكرهما
قرينة لارادة تخصيصهما بالاولين وان كان كل من نماما او لا لما بعده ابدا لو لا القرينة والاظهر عدم دخول اولاد الاولاد
وهذا الوقف فيكون منقطع الوسط وقد تقدم انه يبطل ما بعد الانقطاع ويصير حبسا على ما قبله الثاني على تقدير
عدم دخول اولاد الاولاد في الوقف ومصيره الى الفقراء بعدهم فالنماء المتخلل بين موت الاولاد واولادهم هل هو لورثة
الواقف ام لا اشكال يبني على انتقال الوقف وعدمه فان قلنا ببقائه على ملك الواقف فلا شبهة في كونه لورثته وان قلنا

ذكرتم

ما يصنعه الداني الفقير تعالى فالنحو من صرفه وجوه البر ويعلق القول بانتقاله الى الموقوف عليه يشكل [illegible] من حيث انتقال الملك عن الواقف
فلا يعود اليه الا بدليل فيكون لورثة البطن الاول لانتقاله اليه [illegible] الى [illegible] المستحق من اهل الوقف في حكم ملك الواقف
لان البطن الثاني انما يتلقى منه حقيقة وبموت البطن الاول [illegible] وليس ثم موقوف عليه غيره الى ان ينقرض البطن الثاني
[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

وفيه بحثين لما هو غرض مطلوب شرعا او انما منع منه بعض الشافعية من حيث انها اذا احبلت منعت من العمل وربما ماتت [illegible]
الطلق وفيه ان مثل هذا لا يمنع واما كون النهي للموجودين [illegible] فانه من فوائدها وعوض عن منفعتها
المختصة بهم فيكون عوضا منها [illegible] وعلى الاشتغال الى الله تعالى
تزوجها الحاكم لانه المتولي [illegible] قوله [illegible]

[illegible]

على طبعه

[illegible]

[illegible]

[illegible]

الاسلام

[illegible]

انهم اختلفوا فذهب قوم منهم الى انه يكون للمعمر مدة بقائه ولورثته بعده وقال آخرون منهم انه لو مات رجعت الى المعمر
او الى ورثته ان كان مات قال الشيخ وهذا هو الصحيح على مذهبنا وهذا الخلاف كله للمخالفين كما هي عادة الشيخ في الكتاب
اصحابنا [illegible] قوله [illegible] وهذا هو الصحيح في مذهبنا [illegible] عادته اختيار ما يوافق مذهبه من اقوال المخالفين [illegible]
واعلم ان الضمير المستتر في قوله ترجع يرجع الى السكنى لا الى الدار لان السكنى هي المنتقلة الى ملك الساكن [illegible]
على ملك مالكها [illegible] المنفعة فانها انتقلت [illegible] ثم رجعت الى المالك قوله ولو قال اعمرتك هذه الدار لك
ولعقبك كان عمري [illegible] ينتقل الى المعمر وكان كما لو لم يذكر العقب على الاشبه ولا يجوز تعليق العمري على عمر المعمر [illegible]
عقبه [illegible] المنفعة [illegible] والتعليق [illegible] لبعض معين من العقب
ومثله ما لو جعله [illegible] خصوص العقب [illegible] العمري [illegible] على تقدير جعله لعقبه بعده [illegible]
العمري [illegible] العقب على حسب ما شرط ثم يرجع [illegible] بعده الى المالك [illegible] الاول ولم يذكر [illegible] هو الذي [illegible]
المذهب [illegible] عموم الادلة [illegible] في ذلك [illegible] ابي الصباح المنقولة [illegible] بالاشبه على [illegible] الشيخ في [illegible]
بجواز شرط العمري للعقب واحتج بما رواه جابر ان النبي قال ايما رجل اعمر عمرى له ولعقبه فانما هي للذي يعطاها لا يرجع الى
الذي اعطاها فانه اعطى عطاء وقعت فيه المواريث [illegible] بالحديث [illegible]
بالاخبار التي ذكرها [illegible] رواية ابي الصباح وغيرها [illegible] مع احتمال [illegible]
الذي افتى به [illegible] لم يذكر كثير في المسئلة خلافا [illegible] الشرايع [illegible] على الاشبه [illegible] ما ذكرناه [illegible]
[illegible] في المسئلة [illegible] الرواية [illegible] قوله واذا اعمر السكنى مدة [illegible]
بالقبض ولا يجوز الرجوع فيها الا بعد انقضائها وكذا لو جعلها عمر المالك لم يرجع وان مات المعمر ولو قرنها بموت المعمر ثم مات لم يكن
لوارثه [illegible] لما كان الاصل في العقود اللزوم وكان هذا العقد [illegible] الملك [illegible] المنفعة [illegible] فاللازم منهما
لزوم العقد [illegible] فان كان مدة معينة لزم فيها وان كان عمر احدهما لزم كذلك فلا يبطل العقد بموت غير من علقت على
موته فان كانت مقرونة بعمر المالك استحقها المعمر كذلك فان مات المعمر قبل المالك انتقل الحق الى ورثته مدة حيوة المالك
كغيره من الحقوق والاملاك وهذا [illegible] بعمر المعمر فمات المالك قبله فالاصح ان الحكم كذلك
فليس لورثة المالك ازعاجه قبل [illegible] لما ذكرناه من [illegible] وفصل ابن الجنيد هنا فقال ان كانت قيمة الدار يحيط
بها ثلث الميت لم يكن لهم اخراجه وان كانت تنقص عنها كان ذلك لهم [illegible] الى رواية خالد بن نافع عن الصادق عليه السلم
الدالة على ذلك الا ان في سندها [illegible] والمذهب هو المشهور [illegible] العقد
في مرض موت المالك اعتبرت المنفعة الخارجة من الثلث [illegible]
ان العمري [illegible] عمر المالك او عمر المعمر [illegible]
[illegible]
من [illegible] اسم العمري [illegible]
[illegible] اشتمال هذا العقد على [illegible] عدم العلم بغاية وقت المنفعة [illegible]
[illegible]

كان عمر المعمر رجعت الى المالك ولو مات من علقت على عمره عادت الى المالك ايضا [illegible] الشرط قوله ولو اطلق المدة ولم يعينها
كان له الرجوع متى شاء هذا تتمة حكم السكنى من حيث اللزوم وعدمه والحاصل ان العقود اللازمة [illegible]
[illegible] السكنى ولم يعين [illegible] من العقود الجائزة [illegible]
[illegible] عن ابي عبد الله عليه السلم [illegible]
[illegible]
[illegible] الرجوع متى شاء [illegible] رواية الحلبي [illegible]
[illegible] العقود [illegible]
[illegible] الرواية [illegible]
[illegible] العقود الجائزة [illegible] السكنى [illegible] الرقبى والعمري [illegible]
[illegible] والعمري [illegible]
[illegible] السكنى [illegible] المعاني [illegible]
[illegible] البيع [illegible] الرقبى [illegible]
[illegible] الحقيقة [illegible]
في السكنى [illegible] العمري [illegible]
[illegible] السكنى [illegible]
[illegible] العمري [illegible] الجواز [illegible]
[illegible] الاطلاق [illegible]
[illegible] الجهالة [illegible]
[illegible] السكنى [illegible] البيع [illegible]
[illegible] العقود اللازمة [illegible]
[illegible] قوله وكلما يصح وقفه يصح
اعماره من دار او مملوك او اثاث [illegible] العمري [illegible] السكنى في كثير من الاحكام [illegible]
[illegible] السكنى [illegible]
[illegible]
[illegible]
ان العمري نوع من الصدقة [illegible] المنافع [illegible] الرقبى [illegible] قوله
ولا يبطل بالبيع [illegible] العمري [illegible]
[illegible] البيع [illegible]
الذي [illegible] البيع [illegible] السكنى [illegible]

[illegible]

اصحابنا [illegible] العقد [illegible] السكنى
قال لا ينقض البيع السكنى [illegible] قال ابو جعفر عليه السلم لا ينقض البيع الاجارة ولا السكنى [illegible]
[illegible] البيع في العمري [illegible]
[illegible] السكنى [illegible] والعمري [illegible]
[illegible] البيع [illegible] السكنى [illegible] العقد الجائز [illegible]
وما الحاصل [illegible] البيع في العمري [illegible] ابن الجنيد [illegible]
[illegible] الخلاف [illegible] العلامة [illegible] البيع [illegible] انتفاع
المشتري [illegible] الحكم [illegible] الرواية [illegible]
المقصود من البيع هو المنفعة [illegible] المنفعة في العمري [illegible]
الاصحاب من بيع المسكن الذي [illegible] الانتفاع [illegible]
مدة [illegible] المنافع [illegible] الانتفاع بالمبيع في الجملة [illegible]
[illegible] الاصحاب من بيع سكنى المعتدة [illegible]
[illegible] الاجماع [illegible] الفرق [illegible]
[illegible] بالاتفاق [illegible]
ذكر من [illegible] العقود [illegible] البيع والسكنى [illegible]
العين [illegible] المنفعة [illegible] السكنى المنفعة [illegible]
[illegible] المنفعة [illegible]
[illegible] المنفعة المطلوبة في البيع [illegible]
[illegible]
المطلقة [illegible] العمري [illegible]
[illegible] المشتري [illegible]
[illegible] بيع العين [illegible]
[illegible] المنفعة [illegible] البيع [illegible]
من الجهالة [illegible] البيع [illegible] على العين [illegible] المنفعة [illegible] المشتري
على تلك المنفعة [illegible] المشتري [illegible]
حيث يجوز [illegible] المنفعة [illegible] المدة [illegible]
العمر [illegible] المنفعة [illegible] بالمنفعة المستحقة [illegible]
[illegible] الفسخ [illegible] المنفعة [illegible] العلامة [illegible]
ان حكي عن ابن الجنيد [illegible] البيع [illegible] ابن الجنيد [illegible]

[illegible]

لورثة الموصى بيع الرقبة على الاقوى ونقل المنع عن قوم لانها [illegible] المنفعة [illegible]
هذا القول [illegible] المنفعة [illegible] العمري [illegible]
المشتري [illegible] المنافع [illegible] المبيع [illegible] المنفعة [illegible] على التابيد [illegible]
[illegible] المنافع [illegible] الوصية [illegible] منفعة معلومة [illegible]
المجهولة [illegible] العمر الذي [illegible]
المقصود من الشراء [illegible] قوله والاطلاق [illegible] السكنى [illegible] ان يسكن بنفسه واهله واولاده ولا يجوز ان يسكن غيرهم الا
[illegible] السكنى [illegible] ان يسكن غيره هذا هو المشهور [illegible]
[illegible] بنفسه [illegible]
اصل المنع [illegible] ابن ادريس [illegible] الملك [illegible]
[illegible] الاجارة [illegible]
[illegible] ابن ادريس [illegible]
[illegible] الاصحاب [illegible] العرف [illegible]
العلامة [illegible] العرف [illegible]
والدابة [illegible] الدار [illegible] قوله واذا حبس فرسه في سبيل الله
او غلامه في خدمة البيت والمسجد [illegible] ما دامت العين باقية [illegible] على رجل ولم يعين وقتا
[illegible] هذه الاحكام مختصة بالحبس الذي عقد
[illegible] السكنى [illegible]
[illegible] الحبس [illegible]
[illegible] من سبيل الله [illegible]
[illegible] بموت الحابس [illegible] في هذا الباب
[illegible] امير المؤمنين عليه السلم [illegible] المواريث [illegible]
[illegible] العقد [illegible]
[illegible] العين [illegible]
[illegible] السكنى [illegible] الاطلاق [illegible]
[illegible] الاطلاق [illegible] الرجوع [illegible]
[illegible] المدة [illegible]
[illegible] المالك [illegible]
[illegible] سبيل الله [illegible] حكم الحبس [illegible]
الوقف [illegible] الانتفاع بها

بها كمطلق الدابة لنقل الماء الى المسجد والسقاية ومعونة الحاج والزائرين وطلاب العلم والمتعبدين والكتب على المتفقهين والبيت على الساكنين وغيره ذلك الا اقتصارا على ما ذكره وليس بجيد لعموم الادلة شمنا وله الجمع وحسن حال من جمع

كتاب المياه

ذكره كتاب الهبات وغيرها جمعها باعتبار انواعها المختلفة في الحكم كالهبة المقبوضة وغيرها والمعوض عنها وغيرها والمتقرب فيها وغيرها والواقعة للرحم وغيره ويحوز للشئ الاسمي حقيقة واحدة وان اختلفت خواصها ثم عبر الاكثر بها موحدة قوله الهبة هي العقد المقتضي لتمليك العين من غير عوض تمليكا منجزا مجردا عن القربة فقد تقدم الكلام الدال على المطلوب من هذه الالفاظ على العقد الدال عليها في نظائره من البيع وغيره وانه مجاز من باب اطلاق اسم المسبب على السبب حقيقة والعقد هنا بمنزلة الجنس يشمل سائر العقود وخرج بقيد الفصل الدال على ذلك كتاب العرض والضمان الطعام يس فيه لان الضيف خارج لانه ليس بهبة وكذا البيع الحالي والمون المقتضي لتملك الاعيان بالارث وحيازة المباحات كالاحتطاب والاحتشاش وخرج بقوله لتمليك العين نحو العارية والاجارة فان الاول لا يقتضي التمليك مطلقا والثاني يقتضي تمليك المنفعة وبقوله من غير عوض نحو البيع والصلح على الاعيان بعوض وبقوله منجزا نحو الوصية بالاعيان فان ملكها يتوقف على الموت وبقوله مجردا عن القربة الصدقة فانها مشروطة بها كما سلف والوقف والسكنى وما يلحق بها ان اعتبرنا فيها القربة والا فالتعريف منتقض بها كما هو الاصح وحمل في العقد الدال على ذلك اشارة الاخرين جلها يحتمله تنبيه وغيره من انه اللفظ الدال على ذلك فانها خارجة وينتقض بمثل الهبة المشروط فيها الثواب والمتقرب بها فان القربة وان لم يشترط فيها الا انها لا ينافيها بل المتقرب بها اكمل افرادها ويمكن دفعها بان المراد من قوله من غير عوض ومجردة عن القربة ان العوض غير لازم فيها وكذا القربة لا انتفاء العوض والقربة اصلا والهبة المشروط فيها العوض والمتقرب بها العوض والقربة غير شرط فلو تجرد عنهما لحصل التمليك بها بخلاف غيره كالبيع والصدقة وبان العقد المذكور لا يقتضي الملك بنفسه بل لا بد معه من القبض اجماعا فلا يكون وحده مقتضيا للملك ويمكن دفعه بانه انما جعله مقتضيا للتمليك لا للملك ولا شريكه في ان قوله وهبتك مقتضي تمليكه العين المخصوصة وان لم يحقق الملك بذلك بل توقف على امر اخر وقيل ان الاقتضاء اعم من التام والناقص فلا ينافي توقفه على امر آخر قوله وقد يعبر عنها بالنحلة والعطية النحلة بالكسر اسم العطية والمصدر النحل بالضم يقال نحلته انحله نحلا والعطية تطلق على مطلق الاعطاء المتبرع به فيشمل الوقف والصدقة والهبة والهدية والسكنى ثم اطلق بعض الفقهاء عليها اسم العطايا وعنون بها كتابا فيكون اعم من الهبة والنحلة في معناها فيكون اطلاقها على الهبة كاطلاق الجنس على النوع وقد عرفت ان الهبة اعم من الصدقة لاشتراطها القربة دونها واما الهدية فهي اخص من الهبة ايضا لانها تفتقر فيها الى قيد اخر وهو ما ذكره في تعريف الهبة وهو ان يحمل الموهوب من مكان الى مكان الموهوب له اعظاما له وتوقيرا فاشارت من مطلق الهبة بذلك ولهذا لا يطلق لفظها على العقارات الممتنع نقلها فلا يقال اهدى اليه دارا ولا ارضا ويقال وهبه ذلك فصارت الهبة اعم منها ايضا وعلى هذا يتفرع انه لو نذر الهبة برئ بالهدية والصدقة دون العكس وحلف لا يهب فتصدق او اهدى حنث دون العكس ويقدح في هذا فرد منها خارجها وقال الشيخ في ط الهبة والهدية والصدقة بمعنى واحد ثم علله بشمول الملك وهو لا يدل على اطلاقها كما لا يخفى بل التحقيق ما ذكرناه قوله وهي تفتقر الى الايجاب والقبول والقبض لا اشكال في افتقار الهبة الى العقد كغيره من التمليك المذكور كقوله مثلا وهبتك ويمكنك لما كانت الهبة من العقود اللازمة على تقدير اجتماع شرائط اللزوم اعتبر فيها ما يعتبر في العقود اللازمة من الايجاب والقبول

القولين

187

المقولين العربيتين وفي تبعية القبول للايجاب بحيث يعد جوابا له وغير ذلك مما يعتبر في العقود ولما كانت جارية على كثير من الوجوه لم يتفقوا الحال فيها على حد العقود اللازمة فاكتفوا فيها بكل ما دل على التمليك المذكور حتى قالوا لو قال هذا لك مع نية الهبة كونه ليس بلفظ الماضي ولا دلالة على الانشاء من حيث اسم الاشارة المقترن بلام الملك او الاختصاص وبهذا الخلاف لو قال بعتك بكذا فان البيع لا ينعقد به لما قلناه من عدم لزوم هذا العقد مع تفويت غيره كما توسعوا في عقد الرهن حيث كان جائزا من احد الطرفين لا من الاخر وظاهر الاصحاب الاتفاق على افتقار الهبة مطلقا الى العقد القولي في الجملة بمعلوم لما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدل على ايجابها وقبولها لا يفيد الملك بل مجرد الاباحة حتى لو كانت جارية لم يحل له الاستمتاع بها لان الاباحة لا يدخل فيها الاستمتاع قال الشيخ في ط ومن اراد الهدية ولزومها وانتقال الملك فيها الى المهدى اليه الغائب فليوكل رسوله في عقد الهدية معه فاذا مضى واوجب له وقبل المهدى اليه واقبضه اياها لزم العقد وملك المهدى اليه الهدية وغيره قال في س ويحتمل عدم اشتراط الايجاب والقبول فيها انها الاولى واختلف كلام العلامة فهي هنا قطع باشتراط الهدية كا في اشتراطها بالايجاب والقبول والمقبوض في ير نقل قريبا من كلام الشيخ ثم قال ولو قيل بعدم اشتراط القبول كان وجها قضاء للعادة بقبول الهدايا من غير نطق ونحوه في الرسول في كره الفتوى بذلك من غير تصريح لانه نقل عن قوم من العامة لا حاجة في الهدية الى الايجاب والقبول اللفظيين بل البعث من جهة المهدي كالايجاب والقبض من جهة المهدى اليه كالقبول لان الهدايا كانت تحمل الى رسول الله صلى الله عليه وآله من كسرى وقيصر وسائر الملوك فيقبلها ولا لفظ هناك واستمر الحال من عهده الى هذا الوقت في سائر الاصقاع ولهذا كانوا يبعثون على ايدي الصبيان الذين لا يعتد بعبارتهم قال ومنهم من اعتبرهما كما في الهبة واعتذروا عما تقدم بان ذلك كان اباحة لا تمليكا واجيب بانه لو كان كذلك لما تصرفوا فيه تصرف الملاك ومعلوم ان النبي صلى الله عليه وآله كان يتصرف فيه ويملكه غيره ثم قال ويمكن الاكتفاء في هدايا الاطعمة بالارسال والاخذ جريا على العادة بين الناس قال في التحقيق اما في غير الاطعمة لما ان الهدية قد يكون غير طعام فانه قد اشتهر هدايا الثياب والدواب من الملوك الى رسول الله صلى الله عليه وآله وان مارية القبطية ام ولده صلى الله عليه وآله كانت من الهدايا وهذا الذي ذكره من التحقيق يشعر بما قلناه من الاكتفاء انه التحقيق حسن ومع ذلك يمكن ان يجعل ذلك كالمعاطاة يفيد الملك المتزلزل ويبيح التصرف والوطي ولكن يجوز فيها الرجوع قبله عملا بالقواعد المختلفة ويعول بها انه عدم اللزوم مع عدم تحقق عقده يجب الوفاء به وثبوت جواز التصرف فيها بل وقوعه وتحقق ما ينافي الاباحة وهو الوطي واعطاؤه الغير فيندفع ذلك المنوع في مارية ام ولده صلى الله عليه وآله وقد كان يهدى اليه صلى الله عليه وآله الشئ فيهديه الى ازواجه وغيرهم ويهدي اليه شئ الله فاهديها العلي كرم الله وجهه من غير ان ينقل عنه قبول لفظي ولا من ارسل ايجاب كذلك لا من هدايا الملوك بلا على استفادة الملك في الجملة لا الاباحة ولا تنافي جواز رجوع المهدي في العين ما دامت باقية ثم ان المصنف ذكر الايجاب في الهبة ولم يذكر القبول لعله اكتفى باصل الاشتراط وظهور لفظه من لفظ الايجاب لانه الرضا به قوله ولا يصح العقد الا من بالغ كامل العقل جائز التصرف اطلاق العقد شامل للموجب والقابل والقبول فكما لا يصح ايجاب الهبة من الصبي والمجنون والعبد والمحجور عليه لا يصح قبوله لما منهم لكن تولي الايجاب منتف منهم ومن الولي ايضا لا غبطة لهم في هبتها لهم الا على وجه نادر واما القبول فيكون من الولي ولا فرق في الصبي بين من بلغ عشرا وغيره وهبته باطلاق اشتراط وقوع العقد من البالغ مطلقا على خلاف من جوز هبة وصدقة من بلغ عشرا من الاصحاب وعلى خلاف بعض العامة حيث اكتفى بايجاب الولي حق في البيع بان يقول اشتر بهذا الطعام كذا او اتهبت لك كذا ومن هذا الباب ما لو قال الولي جعلت هذا الشئ لابني وكان

188

جواز الرجوع كما سيأتي ان شاء الله تعالى ومن جوازه فيها في مواضع كثيرة فلا فرق في الابراء فانه لا دخل فيه اعلم ان الابراء يهمز فيفعل في معناه يكون مهموزا ايضا ويستعمله الفقهاء جنس حركة ما قبله على القاعدة العربية وسببه التخليص قال الجوهري تقول ابرأته مما لي عليه وبرأته تبرئة قوله ولا يشترط في الابراء القبول على الاصح موضوع هذه المسألة اعم من الاول لشمولها ابراء كل من عليه الحق بلفظ الابراء والهبة وغيرهما وقد اختلف الاصحاب في اشتراط القبول في الابراء مطلقا فذهب الاكثر الى عدمه للاصل ولانه اسقاط لا نقل شئ الى الملك فهو بمنزلة تحرير العبد واحتج له بقوله تعالى فنظرة الى ميسرة وان تصدقوا خير لكم حيث اعتبر مجرد الصدقة ولم يعتبر القبول وبقوله تعالى ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا فاسقط الدية بمجرد التصدق ولم يعتبر القبول والمراد بالتصدق فيهما الابراء ومنها ان الصدقة تقدم من العقود المفتقرة الى القبول اجماعا فلا يدلان على الاستغناء عنه وذهب ابن زهرة وابن ادريس في الى اشتراط القبول واختلف كلام الشيخ في المبسوط فاول المسألة قواه وفي اخرها قوى الاول فاطلق جماعة نسبة القول باشتراطه اليه ليس بجيد واحتج للاشتراط بان في ابرائه من الحق الذي عليه منة فلا يجبر على تحملها كما لا يجبر على قبول هبة العين ولم يعتبر القبول لتحملها اجبر واجيب بالفرق بين التمليك والاسقاط شرعا وعرفا اما الاول فلانه لو ابرأ مالك الوديعة المستودع منها مثلا لم يملكها بل المستودع قبل وكذا غيره وكذا لو اسقط حقه من عين مملوكة لم يخرج بذلك عن ملكه بخلاف الدين فانه قابل للملك لانه ليس شيئا موجودا فكان اشبه بالعتق واما الثاني فلان اسقاط الانسان حقه بالخيار ومن عليه الحق لا يظهر فيه منة يثقل تحملها على من عليه الحق عرفا بخلاف هبة الاعيان المتوقفة على القبول اجماعا فلعل لقرضه للقبول تحقيرا ومضادة للايجاب ورعايته يعتبر في المحرر بعدم من الاقباض والقبض ولسبل على الحرص على التملك الموجب للمنة غالبا ويدل على عدم اعتبار القبول ايضا ظاهر قوله تعالى الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح حيث اكتفى في سقوط الحق بمجرد العفو لا دخل للقبول في مسماه قطعا وسيأتي الاكتفاء بمجرد العفو في المهر وفي سقوط الحدود والجنايات الموجبة للقصاص وهو في معنى الابراء وهذا اقوى واشهر قوله ولا حكم للهبة ما لم يقبض لا خلاف بين الاصحاب في ان القبض شرط في الهبة في الجملة ولكن اختلفوا في انه هل هو شرط لصحتها او للزومها فعظم المتأخرين على الاول وهو مقتضى كلام المصنف فان الحكم المنفي للهبة بدونه يقتضي نفي جميع الاحكام لانه وقع نكرة منفية وذلك يقتضي عدم انعقادها بدونه اصلا واستدلوا عليه بان اصالة بقاء الملك على المالك وعدم تأثير العقد في مقتضاه يخرج منه ما بعد القبض بالاجماع فيبقى الباقي ولقول الصادق عليه السلام في رواية ابي بصير الهبة لا تكون ابدا هبة حتى يقبضها وقوله في النحلة والهبة حتى يموت صاحبها هي بمنزلة الميراث وذهب جماعة منهم ابو الصلاح وقواه في المختلف ونقله ابن ادريس عن المعظم مع اختياره الاول الى الثاني واستدلوا عليه بانه عقد يقتضي التمليك فلا يشترط في صحته القبض كغيره من العقود ولعموم الامر بالوفاء بها المقتضي له ولانه بعقد كالوصية فلا يعتبر فيه ايضا ولصحيحة ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام قال الهبة جائزة قبضت او لم تقبض قسمت او لم تقسم والنحل لا يجوز حتى يقبض وانما اراد الناس ذلك فاخطؤوا وجاب اوعن الاول بانقطاع الاصل بالقول والسبب الناقل وعموم الامر بالوفاء بالعقد يمنع عدم تأثيره بل بعضه مع ذلك والرواية الاولى لا يجوز حملها على ظاهرها للتناقض بل المراد ان الهبة لا تكون هبة لازمة ما لم يقبض وهو اولى من اهمال العقد فان ما ليس بصحيح كالمعدوم والثانية صحيحة السند فيلزم ويكون دليلا على الثاني ان العقود منها ما يقتضي الملك ومنها ما لا يقتضيه بدون القبض

وقد تقدم منه الوقف فيكون المراد بالوكالة بها العمل بمقتضاها من لزوم وجواز وغيرهما فلا يدل على المط وكذلك مطلق
الشرع اعم مما لا يعتبر فيه القبض والخاص بالوصية قياس واطلاق الهبة على غير المقبوضة اعم من الحقيقة وجاز ان يكون مجازا
فيه تسمية الشيء باسم ما يؤل اليه على تقدير لحوقه او اطلاقا لاسم الجميع على بعض الاجزاء على الجميع فان الايجاب والقبول اعظم (لبعض الاجزاء)
اجزائه السبب التام في تحققها على تقدير عدمه بها خاصة مطلق جوازها كالاسراع فيه قال في س والروايات متعارضة ولعل
الاصحاب ارادوا باللزوم الصحة فان في كلامهم اشعارا به فان الشيخ قال لا يحصل الملك الا بالقبض وليس كاشفا عن حصوله
بالعقد مع انه قائل بان الواهب لو مات لم يبطل الهبة فيرتفع الخلاف هذا كله وفيه نظر لمنع تعارض الروايات على ما قلت
فان الجمع بينها ممكن وارادة جميع الاصحاب اللزوم الصحة ممنوع فان العلامة في المخ نقل القولين وحجتهما ثم اختار الثاني
فكيف يحمل على الاخر نعم كلام الشيخ الذي نقله متناقض وليس حجة على الباقين فان الخلاف محقق في كره مما نقله ما هو عجب فانه
قال الهبة والهدية والصدقة لا يملكها المتهب والمهدى اليه والمتصدق عليه بنفس الايجاب والقبول اذا كان عينا
الا بالقبض وبدونه لا يحصل الملك عند علمائنا اجمع وهذا ظاهر في دعوى الاجماع على ان القبض شرط الصحة اجماعا وهو
يجتنب في س دينا فيا في المختلف ويمكن ان يحمل على انه لا يحصل بدونه الملك التام وهو اللازم فيكون اعم من الصحة وعدمها فلا
ينافي فتواه في المختلف ونقل الخلاف وان كان خلاف الظ اذا تقرر ذلك فيتفرع على القولين النماء المتخلل بين
العقد والقبض فانه للواهب على الاول وللموهوب على الثاني وفيما لو مات الواهب قبل الاقباض فيبطل على الاول ويتخير
الوارث في الاقباض وعدمه على الثاني وفي فطرة المملوك الموهوب قبل الهلال ولم يقبضه الا بعده فانها على الواهب على
الاول وعلى الموهوب على الثاني وفي نفقة الحيوان مط فانها على الاول على الاول وعلى الثاني على الثاني **قوله** ولو اقر
بالهبة والاقباض حكم عليه باقراره ولو كانت في يد الواهب لو انكر بعد ذلك لم يقبل وذلك لعموم اقرار العقلاء على انفسهم
جائز وكونها في يد الواهب لا ينافي جواز اقباضه اياها ثم ردها اليه الا ان يعلم كذبه في اخباره كقصر الوقت الذي لم
يسع القبض والرد ونحو ذلك فلا يلتفت اليه وعلى هذا فلا يتوجه على المقر اليمين على القبض لانه مقتضى الاقرار نعم لو ادعى
المواطاة على الاقرار وعلى المتهب ان لم يكن وانما توجه اليمين على المتهب على حصول القبض او على عدم المواطاة على الاقوى وقيل لا
الاولى اقباضه **قوله** فلو مات الواهب بعد العقد وقبل القبض كان ميراثا اي كان ميراثا لوارث الواهب لبطلان العقد عند
موته قبل الاقباض مع انه شرط في صحته كغيره من العقود الجائزة كالوكالة والشركة ولرواية داود بن الحصين عن الصادق (ع)
في الهبة والنحلة ما لم يقبض حتى يموت صاحبها قال هي ميراث وفي معناها رواية ابان عمن اخبره عنه (ع) ولكن في طريق الاولى
علي بن فضال وحاله معلوم وداود بن الحصين وهو واقفي وان كانا ثقتين فهي من الموثق والثانية مرسلة ضعيفة
وقال الشيخ في ط ولا يبطل الهبة وقام الوارث مقامه كالبيع في مدة الخيار من حيث ان الهبة عقد يؤل الى اللزوم فلا ينفسخ
بالموت وهو لابن البراج على ما مع ان الشيخ قال في هبة ذي الرحم اذا مات قبل قبضها كان ميراثا وقال ان الملك لا يحصل الا
بالقبض وليس كاشفا عن حصوله بالعقد فكلامه متناقض وموت الموهوب له كموت الواهب ولم يذكره الاكثر وممن
صرح به العلامة في كره ولا فرق مع موته قبل القبض بين اذنه قبله وعدمه لبطلان الاذن بالموت وفي معناه ما ارسل
هدية الى انسان فمات المهدي او المهدى اليه قبل وصولها اليه فليس للرسول دفعها الى المهدى اليه ولا الى وارثه لبطلان
الهدية بالموت قبل القبض كالهبة **قوله** ويشترط في صحة القبض اذن الواهب فلو قبض الموهوب بغير اذنه لم ينتقل الى

الموهوب

الموهوب هذا مما لا خلاف فيه عندنا لان التسليم لما لم يكن مستحقا على الواهب كان قبض المتهب بغير اذنه كقبض ماله كذلك وحينئذ لا يترتب
عليه اثر كما لو قبض المشتري المبيع قبل تسليم الثمن بغير اذن البايع واولى بالحكم هنا ولا فرق بين كونه في المجلس وعدمه وخالف في
ذلك بعض العامة فلم يشترط الاذن اذا كان في المجلس مستندا الى ان الايجاب يتضمن الاذن في القبول والقبض في المجلس معا فالخلاف ما
بعده ولا يخفى منع الامرين معا فان القبول ثبت بالشارع لا بالموجب والقبض تسليط على المال ولم يوجد ما يدل عليه ولو سلم دلالة
الايجاب عليه لم يختص بالمجلس واعلم انه يستفاد من اطلاق اعتبار اذن الواهب في القبض عدم اشتراط كونه بنية الهبة فلو اذن له
مط صح خلافا لبعض الاصحاب حيث اعتبر وقوعه للهبة والاذن فيه كذلك لان ذلك هو المقصود حيث كان مطلق القبض صالحا
لها ولغيرها فلا بد من مائز وهو القصد وهو حسن حيث يصرح بكون القبض لا لها لعدم تحقق القبض المعتبر فيها اما لو اطلق
فالاكتفاء به لعود لحصول اسم القبض وصلاحيته للهبة ودلالة القراين عليه بخلاف ما لو صرح بالضد **قوله** ولو وهب ما هو
في يد الموهوب صح ولم يفتقر الى اذن الواهب في القبض ولا ان يمضي زمان يمكن فيه القبض وربما صار الى ذلك بعض الاصحاب الحاقا
للحكم واليد بمقتضاه عدم الفرق بين كونه في يد الموهوب بوجه مأذون فيه كالعارية والوديعة وغيره كالغصب ووجه
تساويهما في الحكم بالعقد صدق القبض في الحالين فانه مستصحب ودوام الشيء اقوى من ابتدائه ولا يقدح فيه ما تقدم من
اعتبار كون القبض للهبة او مط لان ايجاب العقد واقراريده على العين بعده دليل على رضاه بقبضه لها ولا كونه
مقبوضا على وجه الغصب لما ذكرناه ولان اطلاق القبض المعتبر فيه يشمله وغاية النهي عنه وهو لا يدل على فساد المعاملة
وحيث لا يفتقر الى الاذن في القبض جديدا لا يفتقر الى مضي زمان يمكن فيه لان الزمان المذكور انما يعتبر حيث يعتبر
القبض لكونه من ضروراته ولوازمه فاذا لم يعتبر سقط اعتبار التابع وقول المص وربما صار الى ذلك بعض الاصحاب يمكن عود
الاشارة بذلك الى مضي الزمان خاصة بمعنى انه لا يعتبر تجديد الاذن في القبض ولكن يفتقر الى مضي زمان يمكن فيه القبض
كما لو لم يكن مقبوضا بيده فانه اقباضه اياه فانه يعتبر مضي زمان يمكن فيه القبض حيث لا يكون مقبوضا في يده بالفعل وكذا هنا
وجوابه يعلم مما سبق فانا لا نجعل الايجاب اقباضا بل هو متحقق قبله وانما نجعله علامة وامارة على رضاه بقبضه السابق و
ترتبه عليه الا الاقباض ويمكن عود الاشارة الى كل واحد من الاذن في القبض ومضي الزمان بمعنى عدم الاكتفاء بالقبض
السابق مط بل يفتقر الى تجديده ومضي زمان يمكن فيه القبض لان الموهوب ليس في يد الواهب فلا يتصور اقباضه اياه حقيقة
في المغصوب لان يد القابض عدوان فلا يترتب عليه حكم شرعي ولان المعتبر قبضه للهبة مط كما مر فانه لو وهبه ثم اقبضه
اياه على وجه الايداع لم يحصل القبض الذي هو شرط الهبة فافتقر الى الاقباض وقد عرفت جوابه وينبغي ان يستثنى منه حال
الغصب حيث لا يد للغاصب عليه شرعا **قوله** وكذا اذا وهب الاب او الجد للولد الصغير لزم بالعقد لان قبض الولي قبض عنه وكذا
الحكم وهو عدم افتقار القبض الى اذن جديد ولا مضي زمان فيما اذا وهب الاب او الجد للولد الصغير ذكرا كان ام انثى لم شيئا
هو في يد الواهب فان قبضه السابق على الهبة كاف عن قبض الهبة الطارية لكونه تحت يده فان يده مستدامة وهي اقوى من المستدامة
وانما ترك التصريح هنا بكون الموهوب تحت يده مع ان هبته للولد ملكه ما هو اعم من كونه تحت يده وعدمه والحكم مختص بما
هو تحت يده اتكالا على ما علم في المسئلة السابقة وقد شبهه بها حكم اللاحقة وتنبيها عليه بالتعليل وح فلو فرض عدم كون
الموهوب تحت يد الولي افتقر الى قبضه عنه بعد الهبة قطعا كغيره ويكون رضاه فيما لو اشترى شيئا وما يهبه فان الملك
تم بالعقد وان لم يقبض ويجوز نقله عن ملكه بالجملة وهو ما لو امتنع بيعه على بعض الوجوه وقد تقدم ويكون قبضه

مال ولده تحت يده وهو ولم يتمكن من قبضه فيما لو غصب منه او حجر ولغيره قبل الهبة اما الوديعة فلا يخرجها من يد المالك لان يد
المستودع كيده وفي العارية وجهان احدهما خروجها بها عن يده فيفتقر الى قبض جديد من الولي او من وكيله فيه ولو وكل
المستعير فيه كفى وبقي في المسئلة بحث اخر وهو انه هل يعتبر قصد القبض عن الطفل بعد الهبة ليتحصل القبول لها كما تقدمت
الاشارة اليه ينبغي ذلك عند من يعتبر ايقاع القبض للهبة كالعلامة لان المال المقبوض في يد الولي له ولا ينصرف الى الطفل الا
بمائز وهو القصد وعلى ما اخترناه من الاكتفاء بعدم قصد القبض لغيره يكفي هنا وحيث اطلاق الى قبض الهبة وجزم
بذلك تخصيص الحكم بالولد الصغير يخرج البالغ الرشيد ذكرا كان ام انثى والحكم فيه كذلك لانتفاء الولاية عنهما وان بقيت
ولاية الاب على الانثى في النكاح على بعض الوجوه عند بعضهم لان ذلك خارج بدليل اخر لا يوجب الولاية عليها مط فلو تصرفت
البالغة الرشيدة في مالها ببيع وهبة لم يتوقف على الولي اتفاقا ولكن في عبارة ابن الجنيد في هذه المسئلة ما يدل على
الحاق الانثى بالصغيرة مط ما دامت في حجر ابيها بالنسبة الى هبته لها لانه قال في كتابه الاحمدي وهبة الاب لولده الصغار
وبناته اللاتي لم يخرجوا من حجابه وان كن بالغات تامة وان لم يخرجها عن يده لان قبضه قبضا لهم انتهى وهو قول نادر
ومستنده واضح وقياسه على النكاح ممنوع مع وجود الفارق **قوله** ولو وهب غير الاب والجد سواء كان له ولاية ام لم يكن
بد من القبض يتولى عنه ذلك الولي او الحاكم اما اذا لم يكن له ولاية فالحكم واضح لان يده ليست كيد الموهوب فلا بد من قابض
عنه من له الولاية عليه المشار اليه ولذلك كما يفتقر قبولها اليه ايضا اما على تقدير ولايته ولم يكن له اب ولا جد كالوصي
فالحق الشيخ في ط بغير الولي محتجا بانه لا يجوز ان يبيع من الصبي شيئا بنفسه او يشتري منه وح فينصب الحاكم امينا يقبل
منه هبته للصبي ويقبضها له بعد المقررة هنا على الحكم والاصل هنا على الحكم والاصل ثم ولاية الوصي عامة فلا وجه
لاختصاصها بغيره والاصحاب حكم الوصي حكم الاب والجد وقول المص ويتولى ذلك الولي او الحاكم يمكن فرضهما معا في
غير ولي واما اذا كان وليا كالوصي فلا يفرض فيه الا تولي الحاكم لان الوصي لا يتحقق مع وجود الاب والجد له كما سيأتي فلم يبق
معه الا الحاكم وفي معنى الحاكم منصوبه لذلك او مط **قوله** وهبة المشاع جائزة وقبضه كقبضه في البيع لا اشكال
في جواز هبة المشاع كغيره لامكان قبضه بتسليم الجميع وانما الكلام في تحقق قبضه باي معنى فعنده ما انه كقبضه في البيع
يجري فيه القولان وهما الاكتفاء بالتخلية مط والتفصيل فيها بغير المنقول وبالنقل وما في معناه فيه وهذا هو الاقوى
وانما ساوى بينهما لان القبض معنى واحد والمعتبر فيه العرف وهو متحد في الموضعين ونبه بقوله وقبضه كقبضه في
البيع على خلاف بعض الشافعية حيث فرق بين الموضعين وجعل المعتبر في القبض هنا النقل وان اكتفينا بالتخلية في
البيع بالنسبة الى المنقول فارقا بان القبض في البيع مستحق وللمشتري المطالبة به فجاز ان يجعل بالتمكين قابضا بخلاف الهبة
فان القبض غير مستحق فاعتبر تحققه ولم يكتف بمطلق التخلية وليس بشيء لما ذكرنا من اتحاد مفهومه لغة وعرفا وما ذكره من
اقتضى الفرق في حكم لا في حقيقته واعلم انا ان اكتفينا في القبض مط بالتخلية فلا بحث وان اعتبرنا في المنقول النقل وكان
باقي الحصة للواهب فاقباضه بتسليم الجميع الى المتهب ان اراد تحقق القبض وان كان لشريك غيره توقف تسليم الكل على اذن
الشريك فان رضي به والا فللمتهب اثبات يده عليه بيده ونزل في كل الشريك في القبض ان امكن فان تعاسرا رفع امره
الى الحاكم لينصب امينا يقبض الجميع نصفه الحصة لها والباقي امانة للشريك حتى يتم عقد الهبة وفي المختلف اكتفى مع امتناع
الشريك بالتخلية في المنقول تنزيلا لعدم القدرة الشرعية منزلة عدمها الحقيقية في غير المنقول وفيه منع عدم القدرة

الشرعية

الشرعية حيث يوجد الحاكم المجبر اما مع عدمه فلا بأس به دفعا للضرر والعسر وبالغ الشهيد في س فاشترط اذن الشريك في
القبض مط وان اكتفينا بالتخلية نظرا الى ان المراد منه رفع يد المالك وتسليط القابض على العين وذلك لا يتحقق الا باذن
في مال الشريك فيعتبر اذنه ورفع المانع عن حصة المالك خاصة مع الاشاعة لا يحصل بها التسلط على العين الذي هو المعتبر
من القبض وقبض جميع العين واحد لا يقبل التفرقة بالحكم وحينئذ لو كانت العين مغصوبة تسلط لم يكف التخلية من المالك
عليها مع وجود المانع من التسلم له وجه حسن ان كان الاشتراط الاول ووجه يعتبر اذن الشريك فيقبض المتهب بدونه وما في حكمه
يقع القبض لاغيا لا للنهي فانه لا يقتضي الفساد في غير العبادة بل لان القبض لما كان من اركان العقد اعتبر فيه كونه مأذونا فيه شرعا لذلك
فاذا وقع منهيا عنه لم يعتد به شرعا فيختل ركن العقد وقد عرفت انه قبض واحد لا يقبل التفرقة في الحكم فيجعل القبض للموهوب
معتبرا والنهي عن حق الغير الخارج عن حقيقة الموهوب **قوله** ولو وهب اثنين شيئا فقبلا وقبضا ملك كل واحد منهما ما وهب له فان
قبل احدهما وقبض وامتنع الاخر صحت الهبة للقابض الفرق بين الامرين واضح من حيث اجتماع شرائط صحة الهبة في الاول دون
الثاني ولا ارتباط لاحدهما بالاخر فيصح ما اجتمعت شرائطه خاصة ولا يقال انهما في عقد واحد فلا بد من اجتماع
شرائط العقد ولا يتم الا بقبولهما وقبضهما لانه وان كان بصورة عقد واحد الا انه في قوة العقود لتعدد الموهوب
لهما كما لو اشترى اثنين فان كل منهما حكم نفسه في الخيار ونحوه وقد تقدم قوله وامتنع الاخر يشمل ما لو امتنع من القبول و
القبض معا ولو امتنع من احدهما وان كان المقام مقام القبض خاصة **قوله** ويجوز تفضيل بعض الولد على بعض في
العطية على كراهية اما جواز التفضيل في الجملة فهو موضع وفاق بين الاصحاب وغيرهم ويشهد له ان الناس مسلطون على اموالهم ويظهر
من ابن الجنيد التحريم الا مع المزية والتعدية الى باقي الاقارب مع التساوي في القرب والوجه الكراهية المؤكدة لقوله (ص) سووا
بين اولادكم في العطية فلو كنت مفضلا احدا لفضلت البنات ولان التفضيل يورث العداوة والشحناء بين الاولاد كما
هو الواقع شاهدا وغائبا او لدلالة ذلك على رغبة الاب في المفضل المثير للحسد المفضي الى قطيعة الرحم وقد روي ان النعمان
ابن بشير اتى ابوه الى النبي (ص) فقال اني كنت نحلت ابني هذا غلاما فقال النبي (ص) اكل ولدك نحلت مثل هذا فقال لا فقال اردده
وفي رواية اخرى ان النبي (ص) قال له ايسرك ان يكونوا لك في البر سواء فقال نعم قال فارجعه وفي حديث اخر عنه انه قال
لمن اعطى بعض اولاده شيئا اكل ولدك اعطيت مثله قال لا قال فاتقوا الله واعدلوا بين اولادكم فرجع في تلك العطية
وفي رواية اخرى لا تشهدني على جور وهذه الروايات صالحة لابن الجنيد والاصحاب حملوها على تقدير سلامة السند على
الكراهة جمعا وقد روي عن ابي جعفر في الصحيح قال ابو عبد الله (ع) سئل عن الرجل يخص بعض ولده بالعطية قال ان كان موسرا فنعم وان
كان معسرا فلا ولا قائل بمضمونه بمقتضاه غير ان تجويزه العطية مع اليسار مطابق للمشهور ويستفاد منه مع الاخبار
مناسبة للكراهة والحق التفضيل حيث يكون مليا بمؤونة والملاذ المنصوص السابقة يقتضي عدم الفرق بين حالة الصحة والمرض
وحالتي العسر واليسر الا ان الحديث الاخير يجعل النهي بحالة العسر وفي رواية سماعة عن الصادق (ع) سئلته عن عطية الوالد
لولده فقال اما اذا كان صحيحا فهو ماله يصنع به ما شاء واما في مرضه فلا يصلح وعمل بمضمونها العلامة في المخ فخص الكراهة بالمرض
او الاعسار وفي بعض نسخه بهما جمعا والاولى دلالة الخبرين على الاول ونحوه والاقوى عموم الكراهة في جميع الاحوال وتتأكد ها
مع المرض والاعسار اعمالا لجميع الادلة لعدم المنافاة واستثنى بعض الاصحاب ما لو اشتمل المفضل على مزية كحاجة واشتغال
بالعلم او المفضل عليه على نقص كفسق وبدعة واستعانة بالمال على معصية ونحو ذلك فلا يكره التفضيل ح ولا بأس به مع احتمال

عموم الكراهة لعموم الادلة [illegible] قوله واذا قبضت الهبة فان كانت للابوين لم يكن للواهب الرجوع اجماعا وكذا ان كان لذي رحم
غيرهما وفيه خلاف [illegible] من قوله وفيه خلاف [illegible] يعود الى غير الابوين من ذوي الرحم ان الاجماع متحقق في هبة الولد للوالد
خاصة [illegible] العكس وهو هبة [illegible] عكس [illegible] الاجماع على لزوم هبة الاب لولده [illegible]

[illegible]

١٩١

[illegible]

١٩٢

[illegible]

جزم بجواز رجوع الواهب في القبض عن العقد والأمر فيه كذلك لما ذكرناه من اصالة عدم اشتراط الفورية والدليل الدال على اعتبار
القبول لم ينفه وفي هذا استشكال في حال البراءة والاشكال مبني على القول بان القبض شرط صحة الهبة لا اللزوم فيها فيكون
جزءا من السبب الصحيح لما كان القبول كذا اعتبر فوريته كما اعتبر في القبول ومنه ان الجزئية لا يقتضي الفورية ايضا اذ لا امتناع
ايضا في تراخي بعض اجزاء السبب عن بعض واعتبار الفورية في القبول جاء من دليل خارج عنه ومن اعتبره نظرا
منه الى انجذاب الايجاب فيعتبر فيه ما يعتبر في جوابا ومع ذلك فيهما فيه كما لا يخفى قوله ولو قال وهبت ولم اقبض
كان القول قول الواهب وللمقر له احلافه ان ادعى الاقباض انما كان القول قوله لانه منكر لان الاصل عدم وقوعه ولا يقدح في
ذلك كونه شرطا لصحة الهبة فيكون انكاره كدعوى الفساد وقد علم ان مدعي الصحة مقدم للفرق بين الامرين فان منكر
الاقباض لا يدعي فساد الهبة انما ينكر امرا من الامور المعتبرة وانها لم تتحقق بعد كما لو انكر الايجاب او القبول وان اشترك
الجميع في عدم العقد بدونه وانما لم يكن الاقرار بالهبة اقرارا بالقبض مع كونه من اركانها المعتبرة في صحتها لان
المرجع شرعا من الهبة هو الايجاب والقبول خاصة والقبض وان كان معتبرا في الصحة الا انه خارج عن ماهيتها وقد
تقدم في تعريف الهبة انها العقد المقتضي لتمليك العين الخ ولا شبهة في ان القبض امر خارج عن العقد فالاقرار باحدهما لا يقتضي
الاقرار بالآخر ويفهم من قوله وللمقر له احلافه اذا ادعى الاقباض انه تقدم قوله بعدم الاقباض لا يوجب اليمين بمجرده بل مع
دعوى المقر له الاقباض والامر فيه كذلك لان اليمين يكون الانكار بدعوى المدعي فاذا لم يدع عليه الاقباض لم يتوجه

[illegible]

١٩٥

[illegible]

١٩٦

[illegible]

ودود قيمتها يوم قبضها لعين الفعل لانه الملك هو العقد المضمون عليه بحيث يكون العين مضمونة وعلم ان موضع الاشكال
كيفية الضمان انما هو مع شرط عوض معين كما نظهره للنص تعليل في الاثر بانه مع الاطلاق فالواجب هو المثل او القيمة لا غير
لم يرض الواهب بادونها لانه لما هو مقتضى اشتراط العوض معه قوله اذا صبغ الموهوب له الثوب فان قلنا التصرف يمنع
من الرجوع فلا رجوع للواهب وان قلنا لا يمنع او كان الموهوب اجنبيا كان شريكا بقيمة الصبغ واذا رجع الواهب دهنه في
المتهب قد عمل فيها عملا يوجد [illegible] مع التصرف كما ذهب اليه المص فلا رجوع الا ان يكون صفة محضة كقصارة الثوب
او مبيا لجنسا كقرص الارض او [illegible] منها كصبغ الثوب ثم ان لم يزد قيمة العين بمقدار قيمة الصبغ او يزيد بعينها او ينقص
زيادتها عن قيمة العين او يبقى قيمة العين خاصة او ينقص فان زادت بمقدار القيمتين او دونه كان المتهب شريكا بنسبة
قيمة عمله الى قيمة العين فلو كان الثوب يساوي مائة وصبغه بعشرين وصار يساوي مائة وعشرين او زيد بعضها شريكا بالسدس
ولو نقص عن القيمتين وكان النقص بسبب الصبغ خاصة فالذاهب على المتهب ولو لم يزد فلا شيء عليه ولو نقص بسببه كان النقص
الحادث وقد سبق في باب الفصل جملة هذه الاقسام واحكامها وكلها ايتية هنا فلتطلب هناك والمص اقتصر على بيان حكم الصبغ
ولا فرق بينه وبين القصارة والطحن هنا وان كان الاثر في الصبغ اقوى من حيث انه عين من وجه واما العين المحضة كالغرس
فهي المالك وليس قلعها الارض جار الغارس على اراده مجانا بل يتخير بين الابقاء بالاجرة والقلع مع دفع ارش النقص كما في العارية
نظايرها لو صنعه في الارض ونحوه وقول المص كان شريكا بقيمة الصبغ المراد نسبة قيمته الى قيمة الثوب كما قررناه ليكون الزيادة
على القيمتين بينهما بالنسبة لا مقدار القيمة خاصة كما يظهر من العبارة لانه يقتضي كون مجموع الزيادة للموهوب له وليس كذلك
ومثله يأتي في صورة النقصان حيث لا يكون السبب في جهة الصبغ قوله اذا وهب في مرضه المخوف وبرئ صحت الهبة وان مات
مرضه ولم يجز الورثة اعتبرت من الثلث على الاظهر لا خلاف في ان المريض اذا برئ من مرضه ينفذ تصرفه مطلقا واما اذا اتصل موته
في مرضه فان كان المرض مخوفا بمعنى غلبة الهلاك بالخوف معه فالاظهر انه يعتبر من الثلث بحيث لا يجيز الوارث وقيل يكون
من الاصل وسيأتي تحقيق المسئلة في الوصايا بأن الحق اعتبار اتصال الموت بالمرض سواء كان مخوفا ام لا كتاب السبق والرماية
وفائدته بعث النفس على الاستعداد للقتال والهداية لممارسة النضال وهي معاملة صحيحة لا خلاف بين المسلمين في شرعية
هذا العقد بل امر النبي صلى الله عليه وآله في عدة مواطن لما فيه من الفائدة المذكورة وهي من اهم الفوائد الدينية لما يحصل بها من غلبة العدو في
الجهاد لاعداء الله تعالى الذي هو اعظم اركان الاسلام وبهذه الفائدة يخرج عن اللهو واللعب المنهي عن المعاملة عليهما من ثم
كان مقصورا مع على ما ورد النص بتسويغه قوله مستندها قوله صلى الله عليه وآله لا سبق الا في نصل او خف او حافر هذه الرواية رواها
العامة في الصحيح عن النبي صلى الله عليه وآله ورواها اصحابنا في الحسن عن الصادق عليه السلام والمشهور في الرواية فتح الباء من سبق وهو العوض
المبذول للعمل كما سيأتي وماهية المنفية غير مرادة بل المراد نفي حكم من احكامها او مجموعها بطريق المجاز كنظايره واقرب المجازات
اليه نفي الصحة والمراد انه لا يصح بذل العوض في هذه المعاملة الا في هذه الثلثة وعلى هذا لا ينفي جواز غيرها بغير عوض ورويها
رواه بعضهم بسكون الباء وهو المصدر اي لا يقع هذا الفعل الا في الثلثة فيكون ما عداها غير جايز ومن ثم اختلف في المسابقة
بغير الاقدام ورمي الحجر ورفعه وبالمصارعة وبالالات التي تشتمل على نصل بغير عوض هل يجوز ام لا فالاصل ورواية الفتح يجوز ذلك
السكون لا وفي الجواز مع شهرة روايته بين المحدثين موافقة للفصل خصوصا مع ترتب غرض صحيح على تلك الاعمال قوله
فالسابق هو الذي يتقدم بالعنق والكتد وقيل باذنه والاول اكثر المشهور بين الاصحاب وعيرهم ان السابق هو المتقدم بعنق

تنقيد

دابته وكتده بفتح التاء وكسرها وهو العالي بين اصل العنق والظهر ويعبر عنه بالكاهل وذهب ابن الجنيد الى الاكتفاء
بالاذن لقول النبي صلى الله عليه وآله بعثت والساعة كفرسي رهان كاد احدهما ان يسبق الاخر باذنه ويجب الحمل على المبالغة وان كان
خرج مخرج ضرب المثل على حد قوله تعالى من بنى مسجدا كمفحص قطاة بنى الله له بيتا في الجنة مع امتناع بناء مسجد كذلك
وبان احد الفرسين قد يكون هو السابق فيرفع راسه فيتقدم اذن الاخر عليه واعلم ان تحديد السبق لا يخلو من اشكال لان
السبق معنى من المعاني يختلف بحسب اللغة والعرف وله اعتبارات متعددة عند الفقهاء وفيهم من اعتبره
بالقوائم والحق بالعنق وثالثه برفع الكتد ورابعه بالاذن فالاطلاق المتسابقان العقد وجعلا العوض للسابق
فيحمل على بعض هذه العلامات دون بعض نظرا الى صحة اطلاق العقد كذلك الا ان يدل العرف على ارادة شيء منها
فيحمل عليه ولا كلام قوله والمصلي هو الذي يحاذي براسه صلوي السابق والصلوان ما عن يمين الذنب وشماله فالكاتب
الاحتياج الى السابق ظاهر لان العوض في الاغلب يبذل له وحده وقد يشترك مع غيره بان يجعل للثاني شيئا دون
المصلي شيئا او دونه وهكذا فيحتاج الى معرفة اسماء المتسابقين اذا زادوا في الحلبة وعدوا في العادة تسمية عشرة
خيل الحلبة وهي المجتمعة للسباق وليس لما بعد العاشر منها اسم الا الذي يجيء اخر الخيل كلها فيقال له الفسكل بكسر الفاء
والكاف ومنها قاله العشرة المجلي وهو السابق سمي بذلك لانه جلى عن نفسه اي اظهرها او جلى عن صاحبه واظهر
فروسيته او جلى همه حيث سبق والثاني هو المصلي لما ذكره المص من انه يحاذي راسه صلوي السابق وهما العظمان الناتئان
عن يمين الذنب وشماله والثالث المسلي وهو الثالث ويليه التالي والرابع التالي لانه يريح المتأخر عنه اي ناصره والمرتاح هو الخامس
سمي به لان الارتياح النشاط فكانه نشط فلحق بالسوابق والسادس الحظي لانه حظي عند صاحبه حين لحق بالسوابق
اي صار ذا حظوة عنده اي نصيب وما في مال الرهان والسابع العاطف لانه عطف على السوابق اي مال اليها او كر
عليها فلحقها والثامن المؤمل لانه يؤمل اللحوق بالسوابق والتاسع اللطيم وزان فعيل بمعنى مفعول لانه يلطم اذا اراد
الدخول الى الحجرة الجامعة للسوابق والعاشر السكيت مصغر مخففا ويجوز تشديده سمي بسكوت ربه اذا قيل لمن هذا
او لانقطاع العدو عنه وقيل ان السكيت هو الفسكل وهو اخر فرس يجيء في الرهان السبق بسكون الباء
المصدر وبالتحريك السبق بالسكون مصدر سبق وبالتحريك بمعنى سبقا وسابقة وفي كل معناه مصدر سابق
وكلاهما صحيح الا ان الثاني اوفق بالمطلوب لان الرابع فيه معاملة كون العمل بين اثنين فصاعدا كابواب المفاعلة
به اولى واما السبق بالتحريك فهو العوض المبذول للسابق وما في معناه ويقال له الخطر بالخاء المعجمة والطاء المهملة
المفتوحتين والندب بالتحريك ايضا والرهن ومنه اخذت الرهان في هذه المعاملة قوله والمحلل الذي يدخل بين
المتراهنين ان سبق اخذ وان سبق لم يغرم المحلل هو الذي يدخل بين المتراهنين ولا يبذل معهما عوضا بل يجري
فرسه بينهما او على احد الجانبين على وجه يتناوله العقد وحكمه انه ان سبق اخذ العوض المبذول للسابق وان سبق
لم يغرم شيئا وسمي محللا لان العقد لا يحل بدونه عند ابن الجنيد منا والشافعي وجعل اجماعا فلا فائدة او الخلي
فان فيه خلافا او وسيلة تحريره قوله والغاية مدى السباق غاية الشيء منتهاه لا مجموع مسافته كما يظهر من اللغة وفي
ابن الاثير غاية الشيء مبداه ومنتهاه ويظهر من انه المدى هو المنتهى وان العطف تفسيري وهو المطابق لعبارة المصنف
قوله والمناضلة المسابقة والرماية المناضلة مفاعلة من النضل وهو الرمي قال الجوهري ناضلته اي راميته قال ناضلته فلانا

فنضلته اذا غلبته وانتضل القوم اذا تناضلوا اي رموا للسبق وفي حق ناضله مناضلة ونضالا وتنضالا راماه في
الرمي وفي كره السباق اسم يشتمل على المسابقة بالخيل حقيقة وعلى المسابقة بالرمي مجازا ولكل واحد منهما اسم خاص فيختص
الخيل بالرهان ويختص الرمي بالنضال وهذا موافق لقول الجوهري واما اطلاق المناضلة على ما يشمل المسابقة فليس بمعروف
لغة وكلامهم فلعل المص ومن تبعه في ذلك تجوز في الاطلاق وبعض الفقهاء عنون الكتاب بالمسابقة والمناضلة وهو
هو الموافق لما نقلناه عن اللغة قوله ويقال سبق بتشديد الباء اذا اخرج السبق واذا احرزه اي اخرج السبق بالتحريك و
هو العوض بمعنى بذله واوقع العقد عليه او خرجه عنه للسابق على تقدير جعله في ذمته ثم يثبته عليه والمراد باحرازه استحقاقه
سواء قبضه ام لا قوله والرشق بكسر الراء عدد الرمي وبالفتح الرمي الرشق بكسر الراء عدد ما يرمى به من السهام يقال رمى
رشقا اي رمى بسهامه التي يريد رميها كلها اذا حصل الاتفاق على رمي خمسة خمسة فكل خمسة يقال لها رشق وحده بعض اهل
اللغة بما بين العشرين والثلاثين واما بالفتح فهو المصدر ويقال رشقه يرشقه رشقا اذا رماه بالسهام وهو المراد بقوله و
الرشق الرمي اي المصدر لا الاسم قوله ويقال رشق وجه ويد ويراد به الرمي على ولاء في جهة الرشق في الرشق هنا بالكسر
ايضا بمعنى انه مشترك بين العدد الذي يتفقان عليه وبين الوجه من الرمي لذلك العدد كما يقال رمى وجها ورشقا اي
اتفقوا عليه كذلك يقال رموا رشقا او رموا بجميعهم في جهة واحدة قال الجوهري الرشق بالكسر اسم وهو الوجه من الرمي
فاذا رمى القوم باجمعهم في جهة واحدة قالوا رمينا رشقا والمراد برشق اليد هذا المعنى ايضا قال الجوهري ولما ضافه الرشق
الى اليد كاضافته الى الوجه فيقال رشق وجه ورشق يد اذا كانت جهة الرمي واحدة ويمكن مع ذلك اضافته اليهما معا كما
من العبارة قوله ويوصف السهام بالحابي كما ذكر المص من اوصاف السهم عند الاصابة بستة اوصاف داره في باب رابع وفي ذكره ذكر
له احد عشر اسما وفي بستة عشر وفي كتاب فقه اللغة تسعة عشر اسما والغرض من ذلك اعتبار صفة الاصابة في عقد
الرماية فلا يستحق العوض مخطي الشروط الا ان يجيب بما هو اللغة منه قوله والحابي ما زلج على الارض ثم اصاب الغرض الحابي
باثبات الياء من صفات السهام المصيب وهو ان يقع دون الهدف ثم يحبو الى الغرض فيصيبه ماخوذ من حبو الصبي على
الارض وجمعه حواب ومعنى قول المص زلج على الارض اي زلق قال في الصحاح سهم زالج بكون اللام وتحريكها اي زالق
والزلج الزلق وسهم زالج يزلج عن القوس وزعم بعض الفقهاء ان الحابي باسقاط الياء من الرمي حتيتم المبادرة و
المحاطة والمراد بها تحتسب الاصابة في السهم الى الغرض وفي الهدف ويسقط الاخر بين ما هو الابعد والمص ما ذكر معناها
ما ذكره المص قوله والخاصر ما اصاب احد جانبيه فهو بالخاء المعجمة ثم الصاد المهملة ماخوذ من الخاصرة لانها في احد جانبي
الانسان سمي به لاصابته احد جانبي الغرض وهو في معنى خاصرة ويسمى ايضا جابرا وقيل الجابر ما يسقط من وراء الهدف وقيل
ما وقع في الهدف على احد جانبي الغرض فيظهر انه ان كانت الاصابة مشروطة في الغرض فالجابر مخطي وان كانت مشروطة
في الهدف فهو مصيب قوله والخارق ما خدشه الخارق بالخاء والراء المعجمتين وضبطه بعضهم بالمهملة فهو دالي الغرض
ظاهره انه لم يثقبه ولم يثبت فيه وبهذا صرح في عقد فقال الخارق ما خدشه ثم وقع بين يديه وفي ان الخارق ما خدشه
ولم يثقبه وكلام اهل اللغة بخلاف ذلك قال ابن الاثير يقال خرق السهم وخسق اذا اصاب الرمية ونفذ فيها وسهم خارق
وخاسق وفي الصحاح الخارق من السهام المقرطس والخاسق لغة في الخارق وقال في باب السين يسمى الغرض قرطاسا
يقال رمى فقرطس اذا اصابه وظاهره ان الخارق والخاسق ما اصاب الغرض مطلقا وهو بدل باطلاقه على خلاف ما ذكره

المص وذكره صاحب فقه اللغة وفي الخلاف وقد اتفقا على ان الخارق والخاسق بمعنى وخالفا ما ذكره المص في قال الثعالبي في
سر العربية اذا اصاب الهدف فهو قرطس فاذا خدشه فهو خارق وخاسق وصليب وهذا ايضا يشمل ما خدشه وغيره وما يثبت فيه وفي
يدل على ترادف الخاسق والخارق ويمكن حمل كلام المص عليه فان اصابة السهم له مطلقا يوجب خدشه غالبا من
يثقبه ولا يثبت فيه وعلى مثال الملقب اهل اللغة فيقرب من قول لم لكونه يبقى فيه مما لقب الخاسق الخارق في قول بعض اهل
اللغة قوله والخارق الذي يخرج من الغرض نافذا هو بالخاء المعجمة والراء المهملة ومعناه موافق للمفهوم منه لان الخرق
نافذ شقه ونفذ فيه وسقط منه لا خرقه لكنه ليس من اسمائه المعروفة لغة وانما يذكره اهل اللغة باسم الكتب الاربعة
اللغوية السابقة ولا غيرهم من وقفنا على كلامه وفي بعض نسخ الكتاب المارق بالميم بدل الخارق وهو الصواب الموافق لكلام
اهل اللغة لفظا وتعريفا وفي غيره جعل الخارق بمعنى الخاسق وقد تقدم وجعل الخارق بالراء المعجمة مغايرا له كما هو خلاف
ما ذكره اهل اللغة ولو جعل في كلامه الخارق بالراء المهملة على الخارق بالمعجمة ليكون مرادفا للخاسق كان موافقا لكلام
اللغة لكن ذكر بعده الخارق وتعريفه بانه ما خدشه ولم يثقبه يوجب تعيين كونه بالراء المعجمة لا بالراء ادلم يحصل
ذكر خرق والذي يظهر انه وقع في الخازق ضرب من التصحيف والسهو في تحرير كلام اهل اللغة لان جعله الخارق مرادفا
الخاسق موافق لكلام اهل اللغة لكن شرط كونه بالزاء المعجمة ثم لما ذكر الخارق بعد ذلك كان حقه ان يكون بالمهملة وعرف
بما ينافي ذلك ويوافق تعريفها المص في الخارق في المعجمة فوقع الاضطراب وفي ذكر جعل الخارق ما اثر فيه ولم يثبت والحاسق
ما ثقبه وثبت فيه كما ذكره المص هنا في الخارق بالمعجمة فجعلهما متغايرين ولم يحقق منه ضبط الراء ولا ذكر الامرين فالا
فلا اشكال لانه ان جعل بالراء وافق كلام المحرر وخالف مفهوم اللغة وان جعل بالزاي وافق كلامه في غيره وكلامه للمص هنا
خالف كلام اهل اللغة قوله والخارم الذي يخرم حاشيته اي حاشية الغرض بان يصيب طرفه فلا يثقبه ولكن يخرمه وهذا
الاسم لا يذكره ايضا اهل اللغة وان كان مناسبا وقد ذكر وا للسهام اسماء اخر غير ما ذكره المص تركنا ذكرها تبعا له الا
قوله ويقال للمزدلف الذي يقع على الارض ثم يثب الى الغرض الازدلاف التقدم وخصه هنا بما يتقدم الى الغرض
وعلى هذا يجمع الحابي وبه صرح في عقد فقال بعد تعريف الحابي وهو المزدلف وفي تحرير المص ذكر المزدلف عن الحابي اشعار
بالمغايرة بينهما ولعل المزدلف عنده ما قوي وقع على الحابي حيث اعتبر في مفهومه الوثب الى الارض المقتضي لقوة اعتماده بخلاف
الحابي فانه اقتصر فيه على مجرد زلقه على الارض فيكون متباينين حينئذ لان الحابي ضعيف الحركة والمزدلف قويها وهذا الفرق
هو الذي ذكره لانه قال فيهما ان المزدلف اجود والحابي اضعف ولكن في عبارتها اشكال من وجه اخر لانه قال وهو اي الحابي
نوع من الرمي والمزدلف يغيره فان في الاسم ويستويان في الحكم وجعل الافتراق في الاسم ما حكيناه عنه من القوة والضعف
وهذا الافتراق لولا يوجب كونه نوعا منه لانه يقتضي كون المزدلف اعم من الحابي ولو عكس الامر يجعل الحابي اعم لانه يوجب
يكون السهم الواقع دون الهدف يحبو اليه وهو اعم من كونه وقوعه بقوة فيكون مزدلفا او ضعف فيكون حابيا بالمعنى
العام لكن لكان اوفق بتعريفهما قوله والغرض ما يقصد اصابته وهو الرقعة والهدف ما يجعل فيه الغرض من تراب وغيره
الغرض من باب الغرض والهدف كلاهما محل الاصابة وقد يكون شرط المتراميين اصابة كل منهما فانهم يتراهبون ترابا
او حايطا ينصب فيه الغرض ويسمون التراب والحايط هدفا وما ينصبون فيه من جلد او قرطاس يسمونه الغرض وقد
يسمون المنصوب في الهدف قرطاسا سواء كان كاغذا ام غيره وقد تقدم نقله عن الجوهري وقد يجعل الغرض ما يعلق في

لتباس

يقع على الارض ثم

الهواء والقرطاس بعينه وقد يجعل في الغرض نقش كالهلال يقال له الدارة وفي وسطها شيء آخر يقال له الخاتم وشرط الإصابة

وعرضها يتعلق بكل واحدة من هذه العلامات فان الاصابة في الهدف اوسع من الغرض اوسط وفي الدارة اضيق وفي

الخاتم ادق وهذا المذكور اصطلاح الرماة ومعتبر الفقهاء في اصطلاح الغرض الهدف فالذي يرمى فيه قوله والمبادرة

هي ان يبادر احدهما الى الاصابة مع تساوي في الرشق والمحاطة هي اسقاط ما تساويا فيه من الاصابة المراماة قسمان

مبادرة ومحاطة والمراد من الاول ان يتفقا على رمي عدد معين كعشرين سهما مثلا فمن بدر الى اصابة عدد معين منها

كخمسة فهو ناضل لمن لم يصب او اصاب دونها والمراد من المحاطة بتشديد الطاء ان يقول الصاحبه ايهما اصاب العدد المشروط

بطرح المشترك من الاصابات فمن زاد فيها بعدد معين كخمسة مثلا فله فضل الآخر يستحق المال المشروط في العقد وما ذكره

من تعريفهما غير سديد لدخول كل منهما في تعريف الآخر فان مبادرة احدهما الى الاصابة مع التساوي في الرشق يتحقق ظاهرا

مع شرط المحاطة واسقاط ما تساويا فيه مع الاصابة يتحقق مع شرط المبادرة ومع ذلك فالمقصود من معناهما غير حاصل

من اللفظ والاسد في تعريفهما ما اشرنا اليه سابقا من ان المبادرة هي اشتراط استحقاق العوض لمن بدر الى اصابة عدد معين

من مقدار رشق معين مع تساويهما فيه والمحاطة هي اشتراط استحقاقه لمن خلص له من الاصابة عدد معلوم بعد مقابلة

اصابات احدهما باصابات الآخر وطرح ما اشتركا فيه فاذا كان شرط الرشق عشرين فرمياها واصاب احدهما خمسة والآخر

اربعة فالاول ناضل على الاول ولو اصاب كل واحد منهما لا فضل ان خص الاحد بها ولو اصاب الراوي واكمل خمسة وبقي للثاني عدة

يكون فيه لو قدر في الاصابة لم يتحقق فضل للاول الى ان يرمي الثاني تمام عدده فيمكن ان يصيب فيمنع الاول من الاستحقاق

ان يحطى فيستقر الاستحقاق للاول وسياتي تفصيله ان شاء الله تع وعلى تقدير اشتراط المحاطة لو شرطا عشرين وخلوص خمس

اصابات فرمياها عشرين فاصاب احدهما عشرة والآخر خمسة فالاول هو السابق لانه بقي له بعد المحاطة خمسة فيفضل الاول الخمسة

المشترطة ولو تساويا في الاصابة او زاد احدهما دون العدد المشترط فلا سبق واعلم ان تقسيم المناضلة الى القسمين هو

المشهور بين الفقهاء منا ومن غيرنا وقد تقدم نقل العلامة في كره ان بعض الفقهاء جعل قسما ثالثا وهو الحواب وجعل

معناه اسقاط الاقرب من الغرض ما هو الابعد في عد وجعل قسمها ثلثة ايضا القسم المذكور هنا والمفاضلة و

فسرها بانها من فضل صاحبه باصابة واحد واثنين او ثلث من عشرين فهو السابق وهذا بعينه هو المحاطة لانها

لا يختص بشرط فضل شيء معين كما تقدم ويعتبر فيها فضل السابق على المسبوق بالعدد المشترط ويتحقق معنى الحط الا انه

في المحاطة مع انه صرح في تفسير المفاضلة وفي المحاطة فقال فيه لو قال ايما افضل صاحبه بثلث من عشرين فهو

سابق فهو محاطة ويسمى ايضا مفاضلة وهذا هو الظاهر من معناها لغة واصطلاحا قوله ويقتصر في الجواز على النصل

والخف والحافر وقوفا على مورد الشرع ويظهر من التعليل ان هذا العقد مخالف للاصل فيقتصر في جوازه على مورد

الشرع الآذن فيه وهو الثلثة وانما كان مخالفا للاصل لاشتماله على اللهو واللعب والقمار على بعض الوجوه فالاصل ان لا

يصح منه الا ما ورد الشرع على جوازه بالاذن فيه وهو الثلثة المذكورة ويمكن ان يقال ان عموم الامر بالوفاء بالعقود و

اجماع الامة على جوازه في الجملة كما نقله جماعة من الفقهاء ووجود الغاية الصحيحة بل هو افضل الغايات وهو الاستعداد

للجهاد والاستظهار في الجلادة لاعداء الدين وقطاع الطريق ونحوهم من المفسدين يقتضي جوازه مطلقا لكن قوله لا سبق

الا في نصل او خف او حافر يقتضي المنع عما عدا الثلثة فيبقى هو على اصل الجواز نظرا الى الادلة العامة والتعليل الاوسط

(في الحاشية:) اشتر منه وهذا يعود وفيها ان الغرض الاصلي منها كان هو الاستعداد للجهاد ومن ثم نحو الثلثة اقتصر عليها والله النادر

قوله ويدخل

قوله ويدخل تحت النصل السهم والنشاب والحراب والسيف المعروف من السهم هو النشاب وفي الصحاح النشاب السهام

والظاهر انهما مترادفان وعلى هذا فعطف النشاب على السهم من عطف المرادف وان اختلفا بالجمع والافراد من قبيل و

اولئك عليهم صلوات من ربهم ورحمة ويمكن ان يختص احدهما او كلاهما بنوع خاص او بلغة كما قيل ان السهم للعرب و

النشاب للعجم واعلم ان حصر النصل فيما ذكره هو المعروف لغة وعرفا فلا يدخل فيه مطلق الحديد كالدبوس وعصا المداهنة

او يجعل في راسها حديدة ونحو ذلك عملا بالاصل السابق ففي الصحاح النصل نصل السهم والسيف والسكين والرمح

ويحتمل الجواز بالحديد المذكور واما دعاه دخولها في المضر ولافادتها فائدة النصل في الحرب وقد كان بعض مشايخنا المعتمدين

يجيل ومنع المسابقة في العصا المداهنة حيلة على جواز النصل نظرا الى دخوله بذلك في النصل قوله ويتناول الخف

الابل والفيلة انما ادخل في الخف لا خلاف في جواز المسابقة على الابل لشاركتها الخيل في المعنى المطلوب منها حالة الحرب

من الانعطاف وسرعة الاقدام ولان العرب تقاتل عليها اشد القتال وهو داخل في الخف واما الفيلة ففي كونها كذلك غير

وعند اكثر العامة لدخولها تحت اسم الخف ايضا ويقاتل عليها كالابل وذهب بعضهم الى المنع منها لانها لا يحصل بها الكر والفر

فلا معنى للمسابقة عليها والخبر حجة عليهم وقول المص اعتبارا بالالفاظ تعليل لادخال الفيلة في اسم الخف رد الى المخالف و

استناد الى دخولها في لفظ الخف كما ذكرناه قوله وكذا يدخل الحافر على الفرس والحمار والبغال لا خلاف عندنا في جواز

المسابقة على الثلثة لدخولها تحت الحافر وصلاحيتها للمسابقة عليها في الجملة واختلف بعض العامة في جوازها على الآخرين

لانها لا يقاتل عليها غالبا ولا يصلحان للكر والفر والنص حجة عليهما قوله ولا يجوز المسابقة بالطيور ولا على القدم ولا

بالسفن ولا بالمصارعة وجه المنع من هذه الامور الحصر المستفاد من الخبر السابق المنفي لمشروعية ما عدا الثلثة و

الخبر هنا الشامل لهذه الامور وغيرها ولانها ليست من آلات الحرب كالمسابقة على البقر وغيره والمنع منها مع العوض موضع وفاق

وذهب بعض العامة الى جواز المسابقة بالجميع لان الطيور مما يحتاج اليها في الحروب بحمل الكتب واستعلام احوال العدو

واخباره فيحتاج الى معرفة السابق منها وشبهه بالاقدام والسفن اذا وقع الحرب في البحر وقد نقل القرناطي الصادر في تنقيد

العالم بها السلامة من العدو وبها ورد ان النبي صلى الله عليه وآله سابق عائشة بالقدم فسبقته مرة في احدهما وسبق في الاخرى

ورواه ابو الجنيد في كتاب الاحمدي واستدل به على جوازها بغير عوض حيث لم يذكر العوض وانه صارع ركانة ثلث مرات

كل مرة على شاة فصرعه حتى اخذ منه ثلث شياه ولم يثبت ذلك عندنا والخبر السابق المتفق عليها اسد فعد لو خلت

هذه الامور ونحوها من العوض فوجوه جوازها قولان ماخذهما عموم النفي السابق الشامل للعوض وعدمه واصالة الجواز وانها

تراد بها اغراض صحيحة وقد عرفت ان المشهور في الرواية فتح الباء من سبق فيبقى نفي مشروعية بذل العوض فلا يعرض فيها لما

عداه فيبقى على اصالة الجواز وعلى رواية السكون في الباء نفي المصدر مطلقا فيدل على المنع مما عدا المشروعة ومرجح الاول مع الشهرة

ان احتمال الآخر يرفع دلالته على المنع مطلقا فيبقى اصالة الجواز خالية من المعارض ويصلحها الى ما ذكر من الفوائد المترتبة عليها

بعد الحرج من اللهو واللعب قوله وهو يفتقر الى ايجاب وقبول وقيل هو جعالة فلا يفتقر الى قبول ولا يلزم البذل وعلى الاول

فهو لازم كالاجارة وعلى الثاني هو جائز اختلف الاصحاب وغيرهم في لزوم عقد المسابقة وجوازه فذهب الشيخ وقبله ابن ادريس وجماعة

الى لزومه لعموم اوفوا بالعقود ولعموم المؤمنون عند شروطهم وذهب الشيخ وجماعة الى الجواز لاصالة عدم اللزوم مع القول بموجب

الآية فان الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من جواز ولزوم وقد تقدم تحقيقه وبشبهه بالجعالة لانها عقد يتضمن عوضا على عمل وقوله ان

بين الاجارة والجعالة ثم انها مشتملة على اشتراط العلم في العوض وكونه معلوما وهو من خواص الاجارة وعلى جواز ابهام العامل في السبق

وعلى كونه لا يعلم حصوله من العامل وعلى جواز بذل الاجنبي وهو من خواص الجعالة فوقع الاختلاف بسبب ذلك فعلى القول بانه جعالة يجري

احكامها من الاكتفاء بالايجاب والجواز وعلى القول بالاجارة يفتقر معه الى القبول ويكون لازما ويمكن ان يجعل عقدا براسه

المختلف بعض خواصه عن كل من الامرين على حدة كما عرفت ويقال الحكم بلزومه للعموم الآية وهذا هو الظاهر الآن سياق بوان

الجعالة ليست عقدا خلاف المباين للآية لهما ولنظايرها ويرجع الى اصالة عدم اللزوم حيث يقع الشك في كون المسابقة عقدا

ام لا واعلم ان المص جعل الخلاف في كونها عقدا يفتقر الى الايجاب والقبول او ايقاعا فلا يفتقر الى القبول ورتب على الاول

اللزوم وعلى الثاني الجواز وبعض الفقهاء عكس فجعل مورد الخلاف انه عقد لازم او جائز ورتب على اللزوم كونها على الاجارة وعلى

الجواز كونها جعالة وفي الحقيقة كل منهما من التفريع يعين لما مر المدعى اذ لا يلزم من كونها عقدا اللزوم لان العقد ينقسم الى اللازم

والجائز والترديد ولا يلزم من كون عقدها جائزا كونها جعالة لجواز ان يكون عقدا مفتقرا الى الايجاب والقبول مع كونه جائزا

كالمضاربة والعارية وغيرهما ولعل ما في عبارة المص اولى لان من جعلها عقدا يكون استدلاله على لزومه لعموم اوفوا بالعقود وان كانت العقود لوم

اللازمة ومن جعلها ايقاعا لا يناسبها الا الجعالة من افراد الايقاعات بالنظر الى حكمها فناسبها الجواز وهو حسن ولاجل ذلك

ما اورده العلامة في المختلف من ان الآية لا يراد منها مطلق العقود والا لوجب الوفاء بالوديعة والعارية وغيرهما من العقود

الجائزة وهو باطل اجماعا فلم يبق الا العقود اللازمة فلا ينفع هنا لانه المتنازع وانما لم يرد ذلك لان الامر بالوفاء بالعقود

عام في جانب المامور والمامور به فيشتمل لعمومه سائر العقود ثم يختص ببعضها ولخروج العقود الجائزة ويبقى العموم حجة

في الباقي كما هو محقق في الاصول وانما يرد ذلك التزاما لو حملناه بعد التخصيص مجازا في الباقي وهو قول مردود لا يرتضيه

العلامة ولا غيره من المحققين واما قوله ان الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من لزوم وجواز ونحو ذلك فالاقتصار على مقتضى الوفاء بالعقد

اللازم والعمل بمقتضاه مط قوله ويجوز ان يكون العوض عينا او دينا قد عرفت ان عقد المسابقة لا يفتقر الى العوض بل

انه جوازه بدونه ولكن على تقديره ذكر العوض يجوز كونه عينا او دينا كما في غيره من الاعواض الواقعة في المعاملات ويعتبر

على التقديرين كونه مضبوطا بالمقدار او الجنس والنوع وينبغي على كل من العين والدين احكامه اللاحقة له شرعا من

الضمان والرهن عليه ويتفرع ذلك فانه على تقدير كونه عينا لا يصح الرهن عليه لعدم امكان اخذ من الرهن ولانها الاقوى لان

ضمان الاعيان المضمونة مط وعلى تقدير كونه دينا يصح الرهن عليه حيث يكون لازما منهما انه يشترط ذلك ويجوز كونه حالا

ومؤجلا منهما ومن احدهما وبالتفريق قوله واذا بذل السبق غير المتسابقين صح اجماعا واذا بذله احدهما او هما

ولم يدخل بينهما المحلل ولو بذله الامام من بيت المال جاز لان فيه مصلحة لانه المقصود من عقد المسابقة ما لا خلاف ان يخرج

السابقان معا او احدهما او ثالث هو الامام او غيره فالاقسام اربعة الاول ان يخرج المال الامام وهو جائز اجماعا

سواء كان من ماله او من بيت المال لان النبي صلى الله عليه وآله سابق بين الخيل وجعل بينهما سبقا ولان ذلك يبعث

على تعلم الجهاد والفروسية واعداد اسباب القتال وفيه مصلحة للمسلمين وطاعة وقربة فكان سائغا الثاني ان يكون الخارج

غير الامام وهو جائز ايضا عندنا وعند اكثر العامة لانه بذل مال في طاعة وقربة وطريق مصلحة المسلمين فكان جائزا مثابا

عليه مع النية كما لو اشترى خيلا وسلاحا وغيرهما ووقفها على الجهاد وقال بعض العامة لا يجوز ان يخرج المال غير

المتسابقين الا الامام لاختصاصه بالنظر في الجهاد ويضعفه ظاهر لان تهيئة اسباب الجهاد غير مختصة به وعموم الخبر المتقدم

لرأى الأصل

لرأي الأصل مشاه او لان مجمع الفزاع الثالث ان يخرج المال احد المتسابقين بان يقول احدهما لصاحبه ان سبقت فلك علي عشرة

وان سبقت انا فلا شيء لي عليك وهو جائز عندنا للاصل وانتفاء المانع فقال المانع من العامة في السابق لا يجوز هنا

ايضا لانه قمار وسيضعف على تقدير تسليمه بخروجه عنه بالنص السابق المتفق عليه الشامل لموضع النزاع الرابع ان يخرجه

المتسابقان معا بان يخرج كل منهما عشرة مثلا على ان يحوزها السابق وهو جائز ايضا عند علمائنا الا ابن الجنيد فانه لا يجوز

الا بالمحلل بان يكون بينهما ثالث في السباق ان سبق احد المتسابقين معا فان سبق لم يغرم اخذ بظاهر رواية عامية عن النبي

ولا الهما وجهان اعتبر وادلائه تقرر ذلك في غير الصورة اذا بذل السبق غير المتسابقين صح اجماعا يشمل ما لو كان الباذل الامام

وغيره وقد عرفت ان موضع الاجماع ما لو كان الباذل الامام لا غيره وقوله او هما صحيح عندنا ليس على اطلاقه ايضا لمنع ابن الجنيد

منه كالشافعي فكانه ما اعتبر خلافه في ذلك وليس بجيد قوله ولو جعلا السبق للمحلل بانفراده جاز ايضا وكذا لو قيل من

سبق منا فله السبق جاز لما اطلاق الاذن في الرهان والمعتبر جعل المال على تقدير بذل السابق منهما او من احدهما او من

المحلل فان عيناه للمحلل خاصة على تقدير سبقه جاز واختص به ان سبقهما وان سبق احدهما لم يستحق شيئا وكذا لو سبق احدهما

المحلل لعدم تحقق الشرط وهو سبق المحلل لعدم تحقق الشرط وهو سبق المحلل الآن بشرطها ما يشمل وللمستحق يجب الشرط

كما لو شرطا انه ان سبق استحق وان سبق احدهما اختص من دفعه وانه ان سبق مع احدهما استحق المال الآخر واجزأ

ونصفه مالهما لو اطلقا استحقاق السابق منهما ومن المحلل صح ايضا عملا بما طلاق الاذن في الاخبار الشامل لذلك قوله

ويفتقر المسابقة الى شروط خمسة لما كان عقد المسابقة من العقود المعاوضية اذ لم يكن محضة فلا بد فيه من ضبط

الاتفع للجهالة الرافع للغرر والمحصل للغاية المطلوبة منه ولا يتم ذلك الا بامور ذكر المص هنا خمسة وجعلها في التذكرة

اثني عشر ونحن نشير اليها جملة مستدنين ما ذكره المص هنا الاول تعيين المسافة ابتداء وانتهاء فلو لم يعيناها او احدهما

بان شرطا المال لمن سبق منهما حيث سبق لم يجز لانه اذا لم يكن هناك غاية معينة فقد يديمان السير حرصا وبتعبان

يهلك الدابة ولان من الخيل ما يقوى سيره في ابتداء المسافة ثم يأخذ في الضعف وهو عتاق الخيل وصاحبه يبتغي قصر

المسافة ومنها ما يضعف في الابتداء ويشتد في الانتهاء وهو هجانها وصاحبه يبتغي طول المسافة فاذا اختلف الغرض

فلا بد من الاعلام والتنصيص على ما يقطع النزاع كما يجب التنصيص على تقدير الثمن في البيع والاجرة في عقد الاجارة الثاني

السبق احد العوضين هنا وعلى هذا لو استبقا بغير غاية لينظر ايهما يقف اولا لم يجز لما ذكر الثالث تقدير الخطر وهو

المال الذي تسابقا عليه جنسا وقدرا لانه عوض عن عمل محلل فشرط فيه العلم كالاجارة فلو شرطا مالا ولم يعيناه

او تسابقا على ما يتفقان عليه او على ما يحكم به زيد بطل العقد للغرر وافضائه الى التنازع المخالف لحكم الشارع

بجوازه على قول من يجعلها جعالة لجهالة في العوض على بعض الوجوه وذلك حيث لا يمنع من التسليم ولا يفضي الى التنازع

كجعل عبد الفلاني او جزء منه ولا بعد ان او احدهما لمن سبق وقد تقدم ان المال المشروط في عقد المسابقة بل بعينه

منضبطا على تقدير اشتراطه الثالث تعيين ما يسابق عليه بالمشاهدة لان المقصود من المسابقة امتحان الفرس لمعرفة سيره

ثم يشتمل العدد وذلك يقتضي التعيين وفي الاكتفاء بالوصف وجه ضعيف لعدم افادته الغرض اذ لا يتم الا بالتشخيص

بخلاف نحو السلم لان الغرض فيه متعلق بالكلي وحيث يعينان الفرسين لا يجوز الابدال وان قيل بجواز العقد لانه خلاف

المشروط الرابع ما به السباق في حصول السبق لان الغرض استعلام وانما يتحقق مع ختم السبق كل منهما اذ لو علم سبق واحد لم يكن له

(في الحاشية:) ستعلام

فائدة والمراد بالتساوي في تمام السبق تمام الأحتمال في كل واحد وان ترجح احدهما على الآخر لانكا في الأحتمالين كما يظهر من
العبارة وفي تمثيله بالوكان احدهما ضعيفا يتيقن قصوره من الآخر تنبيه على ما قررناه وعلى بعضهما لا يبطل الا مع
القطع بسبق احدهما الخامس ان يجعل السبق لاحدهما او للمحلل فلو جعل لغيرهما لانه ينافي الغرض من عقد المسابقة اذ
الغرض التحريض في طلب العوض وكذا لو جعل للمسبوق لان كلا منهما يحرص على كونه مسبوقا ليحصل العوض فيفوت الغرض و
كذا لا يجوز جعل القسط الاوفر للمسبوق ويجوز العكس لحصول الغرض في الجملة بالنسبة الى الزيادة كما يجوز جعله لخاصة عوضا
[illegible] السادس تساوي الدابتين في الجنس فلا يجوز المسابقة بين الخيل
البغال ولا بين الابل والفيلة ولا بينها وبين الخيل لانه مناف للغرض من استعلام قوة الفرس وتمرينها مع التساوي
جنسا ولو تساويا جنسا لا وصفا كالعربي والبرذون والبختي والعرابي فالاقوى الجواز لحصول الشرط وهو احتمال السبق [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

المشروط اصابته وهو الخمسة والمراد بكون نزع الرشق انتهاؤه منهما بحيث تحقق سبق احدهما العدد دون صاحبه [illegible] لم يبق لها رجوع
معه لما تم فضلا عن السبق وهو ينفسخ قوله وان كان قبل انتهائه فان اراد صاحب الافضل كمال الرشق نظر وان كان له فيه
فائدة مثل ان يرجو ان يرجح عليه او يساويه او يمنعه ان ينفرد بالاصابة اجبر صاحب الاكثر وان لم يكن له فائدة لم يجز اذا لم يبق
من الرشق ما يحتوي [illegible] وهو محمول على [illegible] الاكمال [illegible] طالبه وقد لا يستحق
فلا يلزم العوض قبل الاكمال [illegible] ان الفائدة تتحقق بثلثة امور احدها ان يرجو المسبوق الرجحان مع الاكمال على السابق
بحيث يصير به الرجحان سابقا ويلحق العوض او لا يصير به سابقا ولكن يمنعه من السبق فالاول كان يكون شرط الرشق عشرين
والمفروض خمسة فرمى كل واحد منهما عشرة فاصاب احدهما الجميع والاخر منها خمسة [illegible] المسبوق [illegible]
يرجو ان يخطئ صاحبه العشرة الباقية ويصيبها هو فيتم له خمسة عشر اصابة ولصاحبه عشرة فيتساقط عشرة بعشرة ويفضل
للمسبوق خمسة يصير بها سابقا والثاني كالثالث بعينه الا ان المسبوق اصاب من العشرة اقل من خمسة [illegible] يجب رجحانا
على صاحبه لكن لا يبلغ حد السبق كما لو كان قد اصاب من العشرة الاولى اثنين فانه على تقدير اصابة العشرة الثانية
بتمامها يبقى له اثنا عشر وللاخر عشرة فاذا القى العاشرة بعشرة بقي له اثنان وثانيها ان لا يرجو المسبوق الرجحان ولكن يرجو
المساواة المانعة من سبق الاخر كما لو رمى عشرة في المثال فاخطأ احدهما واصابها الاخر فالعشرة الباقية يرجو المسبوق
اصابتها وخطأ السابق لها فيتساويان في الاصابة ويمتنع من السبق وثالثها ان لا يرجو الرجحان ولا المساواة ولكن يرجو منعه
من التفرد باصابة العدد المشروط كما لو رمى في المثال خمسة عشر فاصاب احدهما منها عشرة والاخر اربعة فالمسبوق لا يرجو الكمال
فضلا عن الرجحان لان غايته ان يصيب الخمسة الباقية ويخطئها الاخر فيصير اصابات المسبوق تسعة والسابق عشرة فيمنعه
من التفرد بالخمسة المشروطة وهو فائدة تمنع من استحقاق صاحب العوض كالاولين وقول المص كالاول واحدهما خمسة عشر واصاب
الى اخر المثال ما لو انتفت الفائدة اصلا وقد تبين وجه انتفاء الفائدة فيه قوله اذا تم النضال ملك الناضل العوض وله التصرف فيه
كيف شاء مفهوم الشرط انه لا يملك الناضل العوض بدون التمامية [illegible] من الجعالة لا الاجارة التي قد الحقنا [illegible]
وكان السر في تعليق الملك على تمامية النضال ان العقد وان كان لازما الا ان الملك لا يعلم لمن هو قبل تمامه لاحتمال السبق من كل منهما
وعدمه فاذا تحقق السبق على وجه من الوجوه فقد تم النضال سواء اكمل الرشق ام لا وتحقق الملك للسابق [illegible]
بخلاف الاجارة وبهذا يظهر ان هذا العقد ليس على حد العقدين [illegible] من المعاوضات وانما هو شبيه باحدهما او بهما من بعض الوجوه
فلا بعد في اختصاصه ببعض الاحكام بالنسبة اليهما او الى احدهما فان قيل متى تحقق ملك العوض لاحدهما [illegible]
شاء من اختصاصه [illegible] كيف شاء كغيره من الاملاك وهو واضح قوله ولو شرط في العقد اطعام حزبه [illegible] وجه عدم الصحة
عموم الامر بالوفاء بالعقود وكون المسلمين عند شروطهم الشامل لهذا الفرد ولانه مما يتعلق به غرض صحيح [illegible] من صحة شرطه
وقال الشيخ في احد قوليه يبطل الشرط والعقد لانه عوض من العمل فيجب ان يكون للعامل كالاجارة فاشتراط خلافه مناف لمقتضاه و
ببطلانه يبطل العقد كما علم مرارا وجوابه المنع [illegible] بالاجارة قياس مع وجود الفارق [illegible] من انه ليس على حقيقتها
[illegible] المعاوضات ومحض البذل [illegible] في العمل [illegible] من العوض الاخر فاذا دل على صحته دليل عام كما
ذكر لم يقدح فيه مخالفته لما اشبهه من العقود مع مغايرته له من وجوه والشيخ في الخلاف ابطال الشرط دون العقد وقد تقرر
ضعفه في نظائره قوله اذا فسد عقد السبق لم يجب بالعمل اجرة المثل وسقط المسمى لا الى بدل لو كان السبق مستحقا فيجب البذل

مثله او قيمته او فسخ المعاملة بعد العمل فلا يخلو اما ان يكون الفسخ ابتداء بحيث لم يتزلزل العقد بل لم ينعقد اصلا سواء كان
بسبب العوض بان كان خمرا او مجهولا ام من جهة ذكر من اركان العقد بل لاختلال بعض شروط السابقة او غيرها واما ان يكون طاريا
على اصل العقد بان ظهر العوض مستحقا فان العقد وقع صحيحا [illegible] على اجازة المالك وانما طرأ البطلان لعدم
الاجازة ومن ثم لو اجاز لزم العقد فيدل على انه لم يقع فاسدا ابتداء فهذا هو الوجه في فرق المص بين القسمين فان كان
فساده من الجهة الاولى فقد قطع المص بانه لا شيء للسابق وهو احد قولي الشيخ ووجهه انه لم يعمل له شيئا ولا عاد عليه عمله ولا
عاد نفع [illegible] اليه وانما فائدة عمله راجعة اليه بخلاف ما اذا عمل في الاجارة والجعالة الفاسدتين فانه يرجع الى اجرة المثل
لان فائدة العمل للمستاجر والجاعل وذهب العلامة وجماعة من المتاخرين الى وجوب اجرة المثل في العقدين كنظائرهما رجوعا على العامل
الى من يجب عليه العوض لان العمل في الغرض قد لا ينتفع به المالك ومع ذلك يكون مضمونا وعندي فيه نظر لان الالتزام لم
يقع الا على تقدير العقد الصحيح والاصل براءة الذمة من وجوب شيء اخر غير ما وقع عليه العقد والفرق بين هذا العقد وبين
ما يجب فيه اجرة المثل من العقود واضح [illegible] من رجوع نفع عمل العامل الى من يطلب الاجرة حتى يرد عليه [illegible]
لا يعود عليه نفع في القراض ولان تلك العقود اقتضت امر العامل بعمل له اجرة في العادة فاذا فسد العقد المتضمن للعوض المخصوص
بقي اصل الامر بالعمل الموجب لاجرة المثل بخلاف هذا العقد فانه لا يقتضي امرا بالعمل فان قوله سابقتك على ان من سبق فله
كذا ونحوه من الالفاظ الدالة على المراد ليس فيها امر ولا ما يقتضيه بفعل له اجرة فالاصل براءة الذمة من وجوب شيء اخر غيرها
العقد وقاعدة ان كل ما كان صحيحه موجبا للمسمى ففاسده موجب لاجرة المثل لا دليل عليها كلية بل النزاع واقع في بعض
مواردها فكيف [illegible] القاعدة نعم لو اتفق وقوع العقد بصيغة تقتضي الامر
بالعمل [illegible] وجوب اجرة المثل [illegible] المعهودة وانما يتفق حيث لا يقيد بعبارة بل بلفظ
[illegible] اجرة المثل يرجع فيها الى مجموع العمل وهو مجموع [illegible] الذي سبق به لانه
يسبق بمجموع عمله [illegible] ان كان فساد العقد من جهة خروج العوض مستحقا فقد جزم المص بانه يجب على الباذل مثله او
قيمته ووافقه عليه جماعة من المتاخرين ووجهه [illegible] العقد ابتداء بالعوض المعين وانما اتفق تزلزله [illegible]
على اجازة المالك فقد تخصص العوض المعين للعقد فاذا طرأ زوال ذلك العوض لعدم اجازة المالك وجب الرجوع الى اقرب
شيء اليه وهو مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا كالصداق اذا ظهر فساده وقيل يجب اجرة المثل هنا ايضا لان العوض
المسمى فات [illegible] العوض الاخر وهو اجرة مثله كما في سائر المعاوضات وما ذكروه من الفرق بين الامرين لا يوجب الفرق
في الحكم لان المراد [illegible] العوض المعين كالمعدوم ابتداء [illegible]
بالنسبة الى غير المالك [illegible] قوله اذا
فضل احدهما الاخر في الاصابة فقال له اطرح الفضل بكذا [illegible] لان المقصود بالنضال [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
ومنافاته للمشروع غير متحققة كتاب الوصايا قوله الاولى الوصية وهي تمليك عين او منفعة بعد الوفاة الخ

في التعريف بمنزلة الجنس يشمل سائر العقود المملكة الواقعة من الفاعل من البيع والاجارة والهبة وغيرها وفي ذكر العين
والمنفعة تنبيه على متعلق الوصية ويندرج في العين الموجود منها بالفعل كالشجرة والقوة كالثمرة المتجددة وفي المنفعة
المؤبدة والموقتة والمطلقة ويخرج بقيد الوفاة الهبة وغيرها من تصرفات المنجزة في الحياة المتعلقة باحد الامرين
وينتقض في عكسه بالوصية الى الغير بانفاذ الوصية وبالولاية على الاطفال والمجانين الذين يجوز الوصية عليهم ومن ثم
زاد المص في فع والشهيد في التعريف او تسليط على تصرف بعد الوفاة ليندرج فيه الوصاية وربما جعلت الوصية
خارجة عن الوصية قسيمة لها فلا يحتاج الى الاحتراز عنها حتى ان الشهيد في س عنون لكل واحد من القسمين كتابا الا
ان المص لم يجر على ذلك الاصطلاح بل جعل الوصاية من جملة اقسام الوصية فكان عليه ادراجها في التعريف وينتقض في
عكسه ايضا بالوصية بالعتق فانه فك ملك لا تمليك للعبد نفسه وكذلك التدبير على القول بانه وصية كما هو
المشهور والوصية بابراء المديون ووقف المسجد فانه فك ملك ايضا وبالوصية بالمضاربة والمساقاة فانهما وان
افادا ملك العامل الحصة من الربح والثمرة على تقدير ظهورهما الا ان حقيقتهما ليست كذلك وقد لا يحصل ربح ولا
ثمرة فينتفي التمليك قوله ويفتقر الى ايجاب وقبول فالايجاب كل لفظ دل على ذلك القصد كقوله اعطوا فلانا بعد
وفاتي او لفلان كذا بعد وفاتي او اوصيت له [illegible] الى الايجاب والقبول كونها من [illegible]
[illegible] العقود الجائزة [illegible] كيفية القبول هل
يحصر في اللفظ ام يكفي الفعل [illegible] بالقبول الفعلي الدال عليه كالاخذ والتصرف فيه لنفسه [illegible]
هذا العقد على الجواز [illegible] وبتفرع عليه ايضا عدم اشتراط مقارنة القبول
للايجاب [illegible] الايجاب والقبول [illegible] الوصية لمعين [illegible] كالفقراء فيقبل الحاكم
الحاكم والاصح في الثاني عدم اشتراط القبول [illegible] من الجميع [illegible]
[illegible] وقد تقدم مثله في الوقف [illegible] على الوصية [illegible] هذا الفرد الا ان يجعل
ذلك [illegible] الاستيعاب ولا يخفى ما فيه [illegible] واعلم ان التقييد بقوله بعد
وفاتي في الايجاب انما يفتقر اليه في اللفظ المشترك بينها وبين غيرها [illegible]
[illegible] قوله وينتقل بها الملك الى الموصى له بموت الموصي
وقبول الموصى له ولا ينتقل بالموت منفردا عن القبول على الاظهر لا خلاف في توقف ملك الوصية على الايجاب [illegible]
لانهما اركان العقد الناقل للملك [illegible] القبول [illegible]
الملك [illegible] بعد الموت [illegible] في انتقال الملك [illegible]
بالموت [illegible] فلا يحصل الملك بدونه [illegible]
لا يعتبر اصلا بل ينتقل اليه الملك [illegible]
بالقبول [illegible]
[illegible] بحكم مال الميت فينتقل الى [illegible]
[illegible] الى الموصى له [illegible] بموت الموصي وقبول الموصى له [illegible]

وهو مقصد الماوكرناه ومع ذلك يحتمل ان يريد الانتقال المبتدأ من حين القبول على تقدير [illegible] من الموت كما هو [illegible]
لا ملك له اصلا وهذا هو القول الاول الذي حكيناه وهو مختار [illegible] وان يريد به مجرد سببية القبول في الملك بمعنى
توقفه عليه ولكنه يكشف عن سبق ملك الموصى له من حين الموت وهذا هو القول الذي حكيناه ثانيا وهو مختار الاكثر
[illegible] القولين [illegible] للقبول [illegible] ان القبول [illegible] الملك للموصى له قبل القبول لا يحتاج له
ولان الوصية تمليك عين [illegible] فلا يسبق الملك القبول كسائر العقود وان الموصى له لو رد الوصية بطلت ولو كان قد
ملك [illegible] لم يزل ملكه [illegible] بعد القبول فان الملك لو حصل بدون القبول لم يحتج الى قبوله [illegible] لو مات قبله
مع اتفاقهم على [illegible] القول الاول الا انه [illegible] ان القبول معتبر في تحقق الملك في الجملة
[illegible] تمام السبب الموجب للملك كغيره من العقود الناقلة للملك والموت [illegible]
في انتقال الملك [illegible] التمليك [illegible] لم يتحقق السبب الناقل للملك وان وجد [illegible]
للمال بالبيع [illegible] قبل القبول لا يتحقق اصلا [illegible] المعتبرة في صحة البيع من جميع [illegible] والقائل الثاني يقول ايضا
الى [illegible] ان الله تعالى جعل ملك الوارث بعد الوصية والدين [illegible]
الى الوارث [illegible] ولا يبقى على ملك الميت لانتفاء اهليته [illegible] ولا الى الملك غير الوارث والموصى له [illegible]
الانتقال الى ملك الموصى له [illegible]
اعتبار [illegible] ما ذكر من الدليل [illegible] الوصية [illegible] ملك الوارث من حين الموت [illegible]
[illegible] الحكم بانتقالها الى الموصى له [illegible] بالوصية [illegible]
[illegible] الانتقال عن الوارث اصلا [illegible]
الاول [illegible] سببية القبول [illegible] عدم حصول الملك بدونه [illegible]
[illegible] العقود كالبيع [illegible]
النزاع [illegible] بخلاف قبول البيع [illegible] تمام السببية [illegible] على بعض الوجوه مع ما
من [illegible] ولا يخفى ما فيه [illegible] ان يكون مختارا هو الاول [illegible]
من قوة دليله ثم [illegible] من الاية انه لا مانع من القول بانتقالها الى الوارث قبل القبول [illegible]
[illegible] غير متحققة [illegible] الوصية هو التمليك المخصوص الذي لا يتم الا بالايجاب والقبول ومن ثم [illegible] القبول معتبرا
[illegible] الاية [illegible] لانتقال [illegible] الوصية [illegible] الى الوارث بحكم الاية
[illegible] لا يقدح في ذلك ما قيل انه يلزم منه
[illegible] الموصى له الملك [illegible] الوارث [illegible] الموصى له [illegible]
[illegible] فاذا حصل القبول [illegible] الموصى له بسبب الوصية السابقة [illegible]
سابق على ملك الوارث [illegible]
[illegible]
[illegible] الموت سبب في انتقال

الملك عنه وخروجه عن اهليته وبادر كلا يبدل ... على ملكه الحيا ذكى بها ملك الوارث وان تقدم حق الميت من ملك الرجوع
عليه كما تقدم المرتهن بالرهن على الراهن المالك فلا منافاة بين ملك الوارث لها وتقدم الميت بها ويرشد الى ذلك
في صفة التجهيز انه لو فقد الميت رجع الكفن الى الوارث ولو لم يكن ملكه ابتداء لم يرجع اليه ... فانه يملكه الوارث
الميت لقيامه مقامه ...

[illegible]

[illegible]

هو الوارث صيرتم لو قيل بان الوارث مع قبوله ينتقل اليه ولا يدخل في ملك الميت كما اختاره العلامة اشكل هذا الفرع حيث
ان الموصى له بعد موت الموصي لم يكن به الحمل ولا هو اصل المال بسبب حدوثه قبل القبول او الوارث قبل موت مورثه ليس بقابل
للملك الموصى لانه ليس بموصى له ولا ينتقل اليه الحمل بعد فكشف القبول عن ملكه من حين الموت غير معتبر بل غاية ما يكون جعله
كاشفا عن ملكه من حين موت مورثه وهو ما خرج عن الكشف والنقل الان لان الاشكال انما يأتي على القول بانه لا يدخل في ملك
الميت ظ كما اطلقه بعضهم وهو لا يتم على انه على القول بالكشف ينتقل الى ملك الميت [illegible] تحقيقه قوله لو اوصى بجارية
وحملها لزوجها وهي حامل منه فمات قبل القبول كان القبول للوارث فاذا قبل ملك الوارث الولد ولا ينعتق على الموصى له لانه
لا يملك بعد الوفاة ولا يرث اباه لانه رق الا ان يكون ممن ينعتق على الوارث ثم هذا في على المسألة السابقة المتضمنة
لكون القبول موروثا فاذا فرض كون الموصى به جارية وحملها والحال ان الحمل للموصى له [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

هناك وانه المشهور بين الاصحاب ومستنده رواية ابي ولاد قال سمعت اباعبد الله عليه السلام يقول من قتل نفسه متعمدا فهو في
نار جهنم خالدا فيها قلت له ارايت ان كان اوصى بوصية ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته قال فقال ان كان اوصى
قبل ان يحدث حدثا في نفسه من جراحة او قتل اجيزت وصيته في ثلثه وان كان اوصى بوصية بعد ما احدث في نفسه
من جراحة او قتل لعله يموت لم تجز وصيته والرواية مع صحتها نص في الباب وعلل مع ذلك بدلالة الفعل على سفهه
وبعدم استقراره فيكون في حكم الميت وبان القاتل يمنع من الميراث لغيره فيمنع من نفسه لان قبول وصيته نوع
ارث لنفسه والكل ضعيف واما السفه فلان الغرض انتفاؤه او ثبوت رشده ان شرطنا انتفاؤه في غيره ومن
الجائز ان يفعل بنفسه ذلك العارض ثم يرجع اليه رشده ولو فرض زوال الحالة واما عدم استقرار الحيوة فليس بشرط
والاصل يقتضي نفوذ تصرف الحي العاقل الجامع لباقي الشرائط مع الخصوص الدال على نفوذ وصية المريض مطلقا
له والقياس على عدم حل الذبيح ح لكونه بمنزلة الميت فاسد لو سلم الحكم وسيأتي ان شاء الله تعالى ما فيه في بابه ومن
ثم ذهب ابن ادريس الى صحتها في هذه الحالة وحمل الخبر على حكم اخر والمحدث منع القاتل من الميراث وحمل الوصية كالميراث فواضح
الضعف فلم يبق الا العمل بالنص الصحيح وان اقتضى اصل المعنى ورده ما عدا الوجوه المقتضية لكونه احادا او مخالفا للكتاب
كما اعتاده ابن ادريس محتجا بانه حي عاقل مكلف والمنهي عن تبديل الوصية بعد سماعها بالقرآن الذي هو حجة المنافي
لعمومه موضع محل النزاع او يمنع تخصيص القرآن بخبر الواحد والكلام ابن ادريس وجه وجيه وان كان الوقوف مع المشهور
والعمل بالنص الصحيح اقوى **قوله** ولو اوصى ثم قتل نفسه قبلت هذا الحكم لا اشكال فيه لوقوع الوصية حال الجامع لجميع
الشرائط المعتبرة فيها وفي صحيحة ابي ولاد السابقة ما يدل عليه ايضا وتوهم ان الفعل الواقع عقيبه دال على عدم ملكه
الرشد مردود بجواز تجدده لو سلم دلالته عليه وفي حكمه ما لو اوصى ثم جن او صار سفيها ان منعنا من وصية السفيه
ولان حال المريض يؤدي الى ذلك وما في معناه **قوله** ولا يصح الوصية بالولاية على الاطفال الا من الاب والجد للاب
خاصة لما كانت الولاية على الغير من الاحكام المخالفة للاصل اذ الاصل عدم جواز تصرف الانسان في مال غيره بغير
اذنه او ما في معناه وجب الاقتصار على نصب الولي على الاطفال على محل النص والوفاق وهو نصب الاب والجد له فليس
للحاكم وان كان وليا عليهم ان ينصب بعده عليهم وليا لان ولايته مقصورة عليهم حيا فاذا مات ارتفع حكمه وان جاز
ان يوكل حيا عليهم لان له الولاية ح ويشمل اطلاقه المنع من تولية غيرهما الوصي من احدهما فليس له ان يوصي عليهم بالولاية مع عدم
نصبه له في ذلك على اصح القولين وسيأتي ان شاء الله تعالى اما مع النص فتولية الوصي في معنى تولية احدهما الصادر منه
كما جازت ولاية الوصي ابتداء عنهما **قوله** ولا ولاية للام ولا يصح منها الوصية عليهم هذا الحكم داخل في السابق الدال
عدم صحة الوصية عليهم بغير الاب والجد له وانما خص الام بالذكر بعده خوفا لاثبات ابن الجنيد الولاية لها مع رشدها بعد
الاب وحينئذ **قوله** ولو اوصت لهم بمال ونصبت وصيا صح تثبيت في ثلث تركتها في اخراج ما عليها ولم يمض على الاولاد
الحكم واضح بعد ما سلف من عدم ولايتها عليهم وبنيته تخصيصه على ان تبعض وصيتها اذا اشتملت على امور بعضها سائغ
وبعضها ممنوع منها لا يمنع من نفوذ المشروع منها وح فيصح وصيتها لهم بالمال ولا يصح ايضا وها بل يبقى حكم المال الموصى به كسائر
اموالهم يرجع فيه الى وليهم الخاص والعام ويحتمل صحة الوصية هنا في ثلث المال لان لها اخراجه عنهم رأسا فيجوز اثبات
الولاية عليه للغير بطريق اولى وقد ذهب الى هذا الاحتمال الشيخ في ط اذا كان الناظر الاب مع وجود الجد والماخذ واحد و

على الصحيح

يضعف

ينعقد منع الملازمة والاولوية فان ازالة الملك تقتضي ابطال حق الوارث اصلا وبقاؤه في ملك الوارث يقتضي كون الولاية عليه
لوليه الشرعي **قوله** ويعتبر فيها الملك فلا يصح بالخمر والخنزير ولا بالكلب الهراش ولا ما لا نفع فيه المراد بهما صلاحية الملك
للموصي والموصى له كما ترشد اليه الامثلة لان ذلك اعم من الصحة كما اشرنا اليه سابقا ولا بد من تقييد الخمر بغير المحترمة فانها مملوكة
بقبول التخلل بالوصية وغيرها واحترز بالكلب الهراش من الكلاب الاربعة والجرو القابل للتعليم فيصح الوصية بها لكونها
مملوكة لها قيمة ومنفعة ويجوز ان يريد بالملك ما هو اعم مما ذكرناه من الملك بالفعل المستفاد منه ليستفاد منه عدم جواز
الوصية بالكلب الهراش وهو جيد وان لم يتم المثيل الامثلة فالمراد بما لا ينتفع به نفعا معتدا به في نظر العقلاء بحيث يكون متمولا
فلا يصح الوصية على حبة الحنطة وقشر الجوزة كما لا يصح نقلها بغير الوصية وانما احتيج الى تقييد الملك بما ذكر بالنفع لان الحبة
كونها مملوكة في الجملة حتى لا يصح غصبها من المالك ولو لم يجز المعاوضة عليها لعدم التمول **قوله** وتنفذ في كل منها بقدر
ثلث التركة فما دون ولو اوصى بما زاد بطلت في الزائد الا ان يجيز الورثة هذا هو المشهور بين الاصحاب وربما كان اجماعا و
الاخبار الصحيحة متظافرة وقد ذكرنا بعضها فيما سلف في مقام اخر وذهب علي بن بابويه الى نفوذ الوصية مطلقا من الاصل محتجا
برواية عمار الساباطي عن ابي عبد الله ع قال الرجل احق بماله ما دام فيه الروح ان اوصى به كله فهو جائز وضعف الرواية مع معارضتها
للنصوص الصحيحة وفتوى الاصحاب وعدم صراحة هذا القول معا فانها لا تدل على المطلوب فانا نقول بموجبها وان للانسان ان
يوصي بجميع المال ما دام حيا وهو لا ينافي توقف نفوذها بعد موته على اجازة الوارث وهذا الحمل من جملة الشيخ لها لما من كلام الوارث
اجمع من الحكم بما يقتضيها لاتحاد رأيه العام واصل في عموم ما دل على توقف الزائد على الاجازة **قوله** ولو كانوا جماعة فاجاز بعضهم
نفذت الاجازة على قدر حصته من الزيادة لما كانت الوصية مما يقبل التبعيض لكونه تبرعا محضا كان الزائد على الثلث منها
موقوفا على اجازة الوارث جاز له اجازة البعض كما يجوز له اجازة الجميع لان ذلك حقه فله التبرع بجملته او بعضه وكما يجوز ذلك
لبعض الورثة دون بعض يلزم كل واحد حكمه كذلك يجوز اجازة البعض من الجميع كالنصف والثلث ويبعضه بالقدر المجاز
دون ما عداه فلو فرض كون الوارث ابنا وبنتا واوصى بنصف ماله فان اجازا معا فالمسألة من ستة لان لها نصف التركة اثلاثا
وللموصى له نصفها وان ردا معا فالمسألة من تسعة لان لهما ثلثي التركة اثلاثا فاصلها ثلاثة ثم ينكسر عليها في مخرج الثلث
ولا وفق وان اجاز احدهما ضربت وفق احد المسألتين وهو الثلث في الاخرى يبلغ ثمانية عشر للموصى له الثلث بغير اجازة
ستة ولهما اثنا عشر اثلاثا فمن اجاز منهما دفع من نصيبه ما وصل اليه من الزائد وهو سهم من البنت وسهمان من الابن
اذ لو اجاز الابن لكان له ستة من الثمانية عشر وحصه من الاثني عشر ثمانية فيدفع الى الموصى له سهمين ولو اجازت البنت لكان
لها ثلثه من الثمانية عشر ومعها اربعة فتدفع سهما فيكمل للموصى له على تقدير اجازتهما تسعة هي النصف وعلى تقدير
اجازة الابن خاصة ثمانية وعلى تقدير اجازة البنت خاصة سبعة وقس عليه ما يرد عليك من نظائره **قوله** واجازة الوارث تعتبر
بعد الوفاة وهل يصح قبل الوفاة فيه قولان اشهرهما انها تلزم الوارث هذا اشهر الاقوال في اجازة الوارث مؤثرة متى وقعت بعد الوصية
سواء كان في حياة الموصي ام بعد وفاته وقال المفيد وابن ادريس لا يصح الاجازة الا بعد وفاته لعدم استحقاق الوارث المال
قبله فيلغو كرده ويدل على المشهور مضافا الى ما قيل صحيحة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل اوصى بوصية وورثته
شهود فاجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم ان يردوا ما اقروا به قال ليس لهم ذلك والوصية جائزة عليهم اذا
اقروا بها في حياته وغيرها من الاخبار ويؤيده عموم الادلة الدالة على وجوب امضاء الوصية وكون الارث بعدها خرج منه

ما اذا لم يجز الوارث فيبقى الباقي ولان المنع من نفوذ الزائد عن الثلث انما هو لحق الورثة وهو متحقق في حال الحيوة فاذا اجاز فقد
اسقطوا حقهم لان المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصي والورثة لان المال ان كان له وان مات كان للورثة فان كان للموصي فقد
اوصى به وان كان للورثة فقد اجازوه وبهذا يظهر الجواب عن حجة المانع والاعتماد على النص الصحيح والباقي شاهد ومؤيد
ولا فرق في ذلك بين كون الوصية والاجازة حال صحة الموصي او مرضه المتصل بالموت وغيره لاشتراك الجميع في المقتضي
الفرق بين اجازة الوارث حال الحيوة ورده حيث لم يؤثر الثاني دون الاول ان الوصية مستمرة بعد الموصي عليها فيكون
استدامتها كابتدائها بعد الاجازة فلا يؤثر بخلاف الاجازة بعد الموت لانقطاعها ونجاز الاجازة حال الحيوة لان حق الوارث قد
اسقط فلا جهة لاستمراره ودوام الوصية يؤكد هذا واعلم ان اذن الوارث للموصي في الوصية بما زاد على الثلث في معنى الاجازة
فان قلنا ان الاجازة حال الحيوة ملزمة لهم فكذا مع اذنهم له في الوصية بالزائد وان قلنا لا يلزم فكذا مع الاذن **قوله** واذا
وقعت بعد الوفاة كان ذلك اجازة لفعل الموصي وليس بابتداء هبة فلا تفتقر صحتها الى قبض لا ريب في توقف ما زاد من
الوصية على الثلث على اجازة الورثة فان اجازوا في حال الحيوة حيث يعتبر كان تنفيذا لا ابتداء عطية بغير اشكال لانه
لم يملك ما يأتي فيه الاحتمال وان وقعت الاجازة بعد الوفاة فهل هي تنفيذ لما فعله الموصي او ابتداء عطية من الوارث
من انتقال الحق اليهم بالموت وزوال ملك الموصي وان تصرف الموصي في الثلث منهي عنه والنهي يقتضي الفساد لان الزيادة حق
الورثة فيلغو تصرف الموصي فيها فيكون العطية من الوارث ومن ان الملك باق على ملك المريض لم يخرج عنه لمرضه فيصح تصرفه
فيها وفيه الملك وحق الوارث انما يثبت في ثاني الحال فاشبه بيع الشقص المشفوع وارث الخيار وحيث يترتب عليه اجازة البيع فانه
لا يكون ابتداء بل تنفيذ لما فعل سابقا وايضا فان الوارث ليس له الا حق ومحض الاجازة له لا يقتضي الملك الا ان الحق هو منع
تصرف الموصي في ملكه واجازة الوارث في معنى اسقاط حقه ولانه لو برأ من مرضه نفذت تصرفاته فانه الحق مع كونها كانت
متوقفة على اجازة الوارث كالوصية على الحق ولم يفتقر الى الاستئناف فدل على اعتبار ما وقع من الموصي لا على ما زاده في
هذا يرجح كونها تنفيذا كما ذكره المصنف وهو مذهب الاصحاب لا يتحقق فيه خلاف بينهم وانما يذكر الخلاف وجها او احتمالا اوانا
من قبل العامة والمرجح عندهم سالف الذي ذكرناه ايضا ويجاب عما ذكر في توجيه ذلك الوجه بالمنع من كون التصرف بالوصية منهيا
عنه وكون النهي في مثل ذلك يقتضي الفساد ولو سلم فانما يقتضيه لو لم يجز الوارث ويمنع من كون الزيادة حقا للورثة
بل هو ملك الموصي غاية ما هناك ان حقهم قد تعلق بها ومع الاجازة يسقط كاجازة المرتهن تصرف الراهن اذا تقرر ذلك
فيتفرع على ذلك احكام كثيرة ذكر المصنف منها حكما واحدا وهو انه على تقدير كونه تنفيذا لفعل الموصي لا عطية لا يفتقر
صحتها الى قبض من الموصى له ولو جعلناها عطية افتقرت الى القبض كما يفتقر العطية المبتدأة ومنها انه لا يفتقر الى
تجديد هبة بل يكفي اجزت وانفذت وامضيت او ما افاد هذا المعنى وعلى العطية يفتقر الى لفظ يدل عليها وان لم يكن
بلفظ الاجازة وما في معناها ومنها انه لا يفتقر الى القبول بعد الاجازة لو كان قد تقدم قبول الوصية قبلها وعلى العطية
يفتقر الى القبول بعد الاجازة بغير فصل معتد به كغيرها من العطايا ومنها انه ليس للمجيز الرجوع وان لم يحصل القبض من
الموصى له حيث لم يعتبر القبض في لزوم الوصية ولو جعلناها عطية فله الرجوع فيها ما لم يحصل القبض المعتبر في العطية ومنها
ما لو اجاز الوصية وهو لا يعلم بالقدر الزائد على الثلث ولا بقدر التركة صحت الاجازة بناء على التنفيذ وعلى العطية
المبتدأة يشترط مع احتمال عدمه بناء على جواز هبة المجهول وفي تذكرة قطع بعدم الاشتراط ونسب الى علمائنا مؤذنا بالاجماع

الى انه على

بيع

عليه ومنها ما لو اعتق مملوكا لا مال له سواه او اوصى بعتقه واجاز الورثة فالولاء للموصي لانه المعتق على العتاق ويكون لعصبته
على القول بكون الوارث المولى هو العصبة وعلى الوجه الاخر يكون ثلث الولاء لعصبة الموصي وثلثاه لعصبة الوارث لانهم بالفرض
الاعتاق ويحتمل تفريعا على هذا الوجه ان يكون الولاء للموصي ايضا لان اجازة الوارث على تقدير كونها ابتداء عطية كاعتاقه عن
الميت باذنه كالموهوب نفسه وذلك يقتضي ثبوت الولاء للاذن وفرع بعضهم على الثاني انه لا بد من الاتيان في اجازة العتق بلفظ
العتق لكونه ابتداء عتق ومنها لو كان الوارث المجيز مريضا لم يتوقف صحة اجازته على خروج المجاز من الثلث على التنفيذ
ويتوقف على الابتداء والعلامة جمع بين القول بالتنفيذ واعتبار اجازة المريض من الثلث وظاهرهما التنافي
ومنها لو كانت الوصية لاحد الوارثين ولا رحم بينهما ولا زوجية فاجاز له الوصية فان جعلناها تنفيذا فلا رجوع له وان جعلناها
ابتداء عطية فله الرجوع لانها عندهم بمنزلة الهبة ويتفرع عليها النماء والنفقة والفطرة وغير ذلك **قوله** ويجب العمل بما رسمه
اذا لم يكن منافيا للمشروع الحكم واضح لامر الله تعالى بالعمل بمقتضى الوصية وترتيب الاثم على تبديلها ولا يستثنى ذلك مقيد
بالمنافي للمشروع والاثم ينفذ دون الرسم الذي لا يخالف المشروع تخصيص الثلث من الصدقة الموصى لهم او الذكور او تفضيل احد
الصنفين على الاخر او تخصيص العاجز او الصالح او العالم وغير ذلك من الاغراض المطابقة للعقلاء المطابقة للشرع **قوله**
ويعتبر الثلث وقت الوفاة لا وقت الوصاة فلو اوصى بشيء وكان موسرا في حال الوصية ثم افتقر عند الوفاة لم يكن بيساره اعتبار
وكذا لو كان في حال الوصية فقيرا ثم ايسر وقت الوفاة كان الاعتبار بحال اليسار اما اعتبار الثلث عند الوفاة لانه وقت تعلق الوصية
بالمال واستقرار الملك للوارث والموصى له وهو تام على اطلاقه مع كون الموصى به قدرا معينا كمائة دينار او جزءا مشاعا او جزءا من التركة
مع كونها حال الموت اقل منه زمان الوصية او مساويا لانه ترعيه بالجملة المذكورة وانه ينقص وصاه بها نافعة بظرفي او حال
اما لو انعكس اشكل الحكم او في الوفاة للثلث في حد الزائد ودلت القرائن على عدم ارادته على تقدير زيادته كثيرا
حيث لا يكون الزيادة متوقعة له غالبا وجه الاطلاق في المص وغيره اعتبار حالة الوفاة الشامل لذلك النظر الى الاطلاق
اللفظ الشامل لذلك وقد يتفق زيادة التركة بعد الوفاة ونقصانها بالدية على دم العمد وتلف بعض التركة قبل قبض
الوارث فيشكل ايضا الاطلاق اعتبار حالة الموت لاقتضاء الاول لنقصان الوصية عما عينه الموصي وتفويت حق
الوارث في الزائد عن الثلث بعد اعتباره في الثاني وينبغي اعتبار الاقل من حين الموت الى القبض في الثاني والاكثر في
الاول **قوله** ولو اوصى ثم قتله قاتل او جرحه كانت الوصية من ثلث تركته وديته وارش جراحته بناء على
المال حين الوفاة وهذا لحصول حال الوفاة مقترنا بها وهو ظاهر في ارش الجراحة واما الدية فلم يستقر الا بالوفاة فهي
في الحقيقة متأخرة عنها وان اقترنت بها ومع ذلك لا ينافي ما اعتبره المص من حيث الوفاة لان الوقت مشترك في هذا
في الامر العرفي وهو مما يحتمل مثل هذا ونظائره قوله وديته ان الحكم مخصوص بقتل الخطأ لانه هو الموجب للدية على
الاطلاق واما العمد فان قيل انه يوجب احد الامرين القصاص والدية فيدخل في العبارة لان الدية احد الامرين
المترتبين على الوفاة المستندة الى القتل فكانت الدية مقارنة للوفاة كالخطأ وان كان لها بدل واما على القول
المشهور من ان موجب العمد القصاص فانما يثبت الدية صلحا والصلح لا يتقيد بالدية بل يصح بزيادة عنها ونقصان ففي
دخوله في العبارة تكلف وقد يتفرع بانه عوض القصاص الذي هو موروث عن المجني عليه وعوض الموروث موروث
وربما اشكل من جهة اخرى وهو ان الموروث انما هو القصاص دون بدله ولا يتعلق به الحق المالي المترتب على الميت وينفع

بانه المتبولة المعاوضة بالفسخ على ما الخ تقوية الحق المالي عدم زيادة وفيه الدرس مع تصحيح عدم اعتبار ما يتجدد بعد الوفاة قوله
ولو اوصى الى انسان بالمضاربة بتركته او ببعضها على ان الربح بينه وبين الورثة نصفان صح وربما اشترط كونه قدر الثلث
فاقل والاول اشبه اقول ما اختاره المصنف من جواز الوصية بالمضاربة هو المشهور بين الاصحاب ومستندهم عليه رواية خالد
ابن بكر الطويل قال دعاني ابي حين حضرته الوفاة فقال يا بني اقبض مال اخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح واعطهم
النصف وليس عليك ضمان فقدمتني ام ولد له بعد وفاة ابي الى ابن ابي ليلى فقالت ان هذا يأكل اموال ولدي قال فاقتصصت
عليه ما امرني به ابي فقال ابن ابي ليلى ان كان ابوك امرك بالباطل لم اجزه ثم دخلت على ابي عبد الله عليه السلام بعد ذلك فاقتصصت عليه
قصتي ثم قلت له ما ترى فقال اما قول ابن ابي ليلى فلا استطيع رده واما فيما بينك وبين الله فليس عليك ضمان ورواية محمد بن
مسلم في الموثق عن ابي عبد الله عليه السلام انه سئل عن رجل اوصى الى رجل بولده وبمال لهم واذن له عند الوصية ان يعمل بالمال وان يكون
الربح بينه وبينهم فقال لا بأس به من اجل ان اباه قد اذن له في ذلك وهو حي ومقتضى الروايتين يكون الاولاد صغارا اما
الاولى فبالتصريح واما الثانية فيظهر منه ذلك من قوله اوصى بولده فان الوصية بعين الولد الصغير غير صحيح واطلاق الوصية
محمول على الصحيحة والمشهور [illegible] الجماعة الحاق [illegible] في الورثة الشامل للمكلفين وشمل الاطلاق [illegible] واطلاق الروايتين ما اذا كان
الربح بقدر اجرة المثل وبما اذا كان زائدا عليها بقدر الثلث واكثر من حيث انه ترك الاستفصال وهو دليل العموم عند
الاصوليين ووجهه مضافا الى النص ان المقيد بالثلث هو تفويت بعض التركة وليس هاهنا كذلك لان الربح تجدد بفعل
العامل وسعيه وليس ما يتجدد منه كالمتجدد من حمل الدابة والشجرة ونحوهما حيث كان معتبرا من الثلث لظهور الفرق بان
ذلك نماء الملك ووجوده متوقع بخلاف الربح فانه اثر سعي العامل مع انه انما يحدث على ملك العامل والوارث فالملك
العامل ليس للوارث ولا للموصي فيه حق ولا يقدح في ذلك شرائه بمال الوارث فيكون بعوضه منه فيكون نماؤه تابعا له
نماء فكيف يملك الوارث على تقدير صحة المضاربة والا لم يكن الشراء نافذا ومتى صحت المضاربة كانت الحصة من الربح [illegible]
ملكا بصحة المضاربة لانه [illegible] الى عدم [illegible] على تقدير [illegible] انما يكون لتفويت ما زاد على الثلث من التركة [illegible]
ذلك انما يكون على تقدير زيادة الحصة عن اجرة المثل بزيادة عن الثلث وكونه من نماء التركة وانما يكون كذلك مع [illegible]
ليكون الشراء نافذا فلو فسدت المضاربة لم ينفذ الشراء فلم يتحقق الربح فانتفى التصرف في الزائد عن الثلث فانتفى المقتضي
للفساد فيجب الحكم بالصحة فتعادى فرض الفساد الى عدمه هذا مقتضى الاصول المحققة وفيه نظر لما يجيء ان الاخبار
في سند الاولى جهالة الربيع في طريق الثانية علي بن فضال وابو الحسن [illegible] وان كانا ثقتين لكنهما فاسدا العقيدة فالعمل
بالموثق خروج عن قيد الايمان والضعف بالشهرة ضعيف مجبور بالشهرة واما من جهة الاعتبار فان المضاربة وان لم يتضمن
تفويت شيء من التركة على تقدير تسليمه تستلزم وضع اليد على مال الغير بغير [illegible] مخصوصا اذا كان مكلفا وتعريضه بالوارث
الارض الى التلف المؤدي الى عدم الضمان مع عدم التفريط مضافا الى المال وتعطيله [illegible] وكيف لا والثلث في مدة طويلة [illegible]
[illegible] في حكم منع الوارث من التركة اصلا وهو باطل واما القول بان النماء انما يملكه العامل على تقدير صحة المعاملة [illegible]
في مال الوارث وان الربح [illegible] البيع [illegible] وجارة المال الشراء [illegible] فيكون الربح الحاصل التفويت على تقدير [illegible]
البيع وحصول الربح ومن ثم ذهب ابن ادريس الى الحكم بشرط ان يكون المال قدر الثلث فادون [illegible] والاصول
الاصول المعلومة في هذا الباب وبعض المتأخرين الى ان المحاباة في الحصة من الربح بالنسبة الى اجرة المثل هو من الثلث ايضا [illegible]

وجه الضعف

جميع

[illegible]

كالوصية بها وجه والذي يختاره في هذه المسألة ان الوارث ان كان مولى عليه من الموصي كالولد الصغير فالوصية بالمضاربة بالمال صحيح
مطلقا لان التكسب بالتجارة واجب على الوصي والحاصل من الربح زيادة فائدة والتعرض للتلف غير قادح لان الواجب على العامل مراعاة
الامن والحفظ وما فيه مصلحة المال والعمل به على هذا الوجه مما يجيز العقلاء ولا يلزم من ايقاع المدة التي شرطها الموصي بلا نسخ
ما دام الوارث مولى عليه فانه لو كان له فسخ المضاربة لانها عقد مبني على الجواز وتحديد الموصي لها بالمدة لا يرفع حكمها الثابت
بالاصل وانما يفيد التحديد بالمدة المنع من التصرف فيما زاد عليها الا الالزام بها فيها ولا يلزم من ذلك تبديل الوصية و
تغييرها المنهي عنه [illegible] وتبديلها هو العمل بخلاف مقتضاها وهنا ليس كذلك لانه لما اوصى بعقد جائز فقد عرض العامل لفسخ العقد
في كل وقت يمكن عمله بمقتضاه فلا يكون الفسخ تبديلا للوصية عملا بمقتضاها ولا فرق بين زيادة الحصة المجعولة للعامل
عن اجرة المثل وعدمها ولا بين كون المال بقدر الثلث وازيد ولا بين كون الربح بقدر الثلث كذلك وازيد لما ذكرناه وان
كان الوارث مكلفا فهو مولى عليه فالوصية كذلك جائزة ايضا لكن لا يلزم الوارث الوفاء بها بل له فسخها عاجلا وفي كل وقت
كما قررناه في الصغير اذ لا يحل لعين ما ذكرناه وفائدة الصحة ان الوارث اذا لم يفسخ وعمل الموصى له في المال استحق الحصة المعينة
له عملا بمقتضى الوصية وليس في هذا المقدار مخالفة للاصول الشرعية ولا للروايات اذ ليس فيه تفويت على الوارث بوجه ولا
منع من التصرف في ماله حتى يتوقف على رضاه ويندفع بما قررناه ما اورده المانع من لزوم الاضرار بالوارث على تقدير
زيادة المدة وطلبه الربح لان ذلك مستند الى البحث لم يفسخ مع قدرته عليه والضرر على تقديره مستند اليه دون مال الصغير
لا ضرر في مدته لقصر طلبها لما بعدم التفويت ولو عملنا بالروايتين مقتصرا في الحكم على كون الورثة مولى عليهم كما وقع
فيها ومع ذلك يخفف الاشكال ولعله اولى قوله ولو اوصى بواجب وغيره فان وسع الثلث عمل بالجميع وان قصر بدئ
الورثة بدئ بالواجب من اصل المال اذ كان واجبا ماليا حتى يكون متعلقا بالمال حال الحياة سواء كان ماليا محضا كالزكوة
والخمس والكفارات ونذر المال او ماليا مشوبا بالبدن كالحج فان جانب المالية فيه مغلب من حيث تعلقه بتركته لا بماله
كان الواجب بدنيا محضا كالصلوة والصوم فانه يخرج من الثلث مطلقا لانه لا يجب اخراجه عن الميت الا اذا اوصى به فيكون
حكمه حكم التبرعات الخارجة من الثلث مع الوصية بها والا فلا والاقوى وجوب الوصية به على المريض كغيره من الواجبات
ان لم يكن له ولي يقضيه عنه وربما قيل بعدم وجوب الوصية لان الواجب فعله بنفسه او بوليه لانتفاء الدليل على سوى
ذلك وفيه ان عمله بوجوبه واستحقاقه العقاب على ترك الواجب اختيارا مع قدرته على براءة ذمته يوجب وجوب الوصية ليتخلص
من العقاب بتركه فان دفع الضرر عن النفس واجب نعم لو كان فوت الواجب بغير تفريط كالغفلة عن الصلوة مع عدم القدرة على
القضاء حال الوصية امكن الحكم بعدم وجوب الوصية اذ لا عقاب على ذلك التفويت ولا دليل على وجوب الوصية بالقضاء ويمكن
الاستدلال على الوجوب مطلقا بقول ابي عبد الله عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم عنه الوصية حق على كل مسلم والحق وان كان اعم من
الواجب الا انه على ظاهره في الوجوب ولا ينافيه عدم وجوب الوصية لمن لا حق عليه لان ذلك خرج من العموم بدليل خارج فيبقى العام
حجة في الباقي ويمكن حمله على حقيقته ومجازه على سبيل عموم المجاز حيث تعذر حمله على الحقيقة في جميع افراد الوصية اذا تقرر ذلك
فاذا اجتمع حقوق مالية وبدنية ومالية ومشوبة بها بدئ بالمالية من الاصل ثم نظر الى ثلث الباقي ويخرج منه الباقي مبتدئا بالاول
الاول فالاول ثم بغيره على الترتيب ان لم يجز الوارث الجميع وان اجاز البعض بدئ من الفضل كالواجب المالي لو ضاق المال عنه ابتدأ
بالواجب وليصرف الموصى الجميع في الثلث بدئ بالواجب المالي فان فضل شيء اخرج من باقي المال وان خرج عن مقتضى الوصية اذ [illegible]

زكوة

هذا النوع من الواجب وان لم يوص به دون ما فضل من الثلث عند شيء اخرج الواجب البدني بعده وهكذا على الترتيب الى ان يستوفي الثلث
ويبطل الباقي حيث لا اجازة ولو كان الجميع غير واجب بدئ بالاول في الذكر فالاول حتى يستوفي الثلث ولو كان مع الوصية منجز
حال المرض يخرج من الثلث قدم من الثلث على الوصية مطلقا هذا اذا اتى بالوصية مترتبة اما باداة الترتيب كثم والفاء او في
الذكر فقط بالعطف بالواو وبدونه او صرح بترتيب بعضها على بعض ولو بالبداءة بما ذكره اخيرا بان عدد جملة ثم قال ابدأ
بكذا ثم بكذا الخ ولو جمع ما به ذكر اشياء ثم اوصى بجميعها او قال اعطوا فلانا وفلانا مائة او قال بعد الترتيب لا تقدموا
بعضها على بعض ونقص الثلث عنها دخل النقص على الجميع فيقسم عليها على جهة العول وانما بدئ بالاول فالاول ذكرا لانه
لم يدخل عليه اداة الترتيب لان الوصية الصادرة اولا نافذة الصدور وهو اهلها في محلها بخلاف الصادرة بعد استيفاء
الثلث ولا سبيل الى التوزيع مع السبق هنا لاستلزامه تبديل الوصية النافذة ولاية ومثله هل لا خير لو نص اخيرا على تقديم
لان نصه في قوة نقض بعد لفظ حيث ان المعتبر بلفظه وقصده فلو قدم غيره او شرك لزم تبديل الوصية المنهي عنه وكذا
لو نص على التشريك لا يقال ايضا ان الحكم انما يتحقق عند تمام الكلام والمعطوف من جملته لان الوصايا المتعددة على الوجه
السابق يتم الكلام مع كل واحدة كقوله اعطوا فلانا كذا اعطوا فلانا كذا فاذا صادفت الاولى محل النفوذ نفذت ولم يجز
تغييرها بطرؤ اخرى عليها كما لو باع شيئا لزيد ثم باعه لعمرو وانما يكون من جملة واحدة حيث لا يتم الفائدة بدونه كقوله اعطوا
فلانا وفلانا كذا ويشهد لمراعاة الترتيب مضافا الى ما ذكرناه رواية حمران عن ابي جعفر عليه السلام في رجل اوصى عند موته اعتق
فلانا وفلانا حتى ذكر خمسة فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه اثمان قيمة المماليك الذين امرهم بعتقهم قال ينظر الى الذين سماهم ويبدأ بالاول
ثلثه فيعتق منهم اول من سماهم ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس وان عجز الثلث كان ذلك في الذين سماهم اخيرا لانه اعتق
بعد مبلغ الثلث ما لا يملك ولا يجوز له ذلك واعلم انه لا فرق في هذا الحكم بين العتق وغيره من التبرعات خلافا للشيخ وابن
الجنيد حيث قدما العتق وان تأخر ولا بين ان يقع المرتبة متفرقة في وقت واحد عرفا او في زمانين متباعدين كعند وخمسة
خلافا لابن حمزة حيث فرق بينهما فحكم في الاول كما ذكره الجماعة وجعل الثاني رجوعا عن الاول الا ان يبقى من الثلث ما يسع الثاني
معا وهو شاذ ضعيف الماخذ قوله ولو اوصى لشخص بثلث ولآخر بربع ولآخر بسدس ولم يجز الورثة اعطي الاول وبطلت الوصيتان
لمن عداه اقول انما صحت الوصية الاولى خاصة لاستيعابها الثلث النافذ بدون الاجازة مع رعاية ما تقدم من وجوب تقديم
الاول فالاول مع تجاوز الثلث ولا يتوهم هنا ان الوصية المتأخرة تقتضي الرجوع عما قبلها لان الرجوع لا يثبت بمجرد الاحتمال
بل لا بد له من لفظ ايدل عليه ومجرد الوصية بما زاد على الثلث ثانيا وثالثا اعم من الرجوع عن الاول وعدمه فلا يدل عليه ولا فرق
بين ان يوصي بهذه الاجزاء المذكورة وبما ذكرها كالوصية لواحد بنصف ولآخر بخمس ولثالث بربع او للاول بجميع المال وللآخر
بثلث ولثالث بنصف فيخرج الاول من الموصى له عدم وجود ما يدل على الرجوع في الجميع فيعتبر الترتيب بالاول فالاول عملا بالقاعدة
المقررة عند عدم وجود ما يدل على خلافها وسيأتي مزيد تحقيق في المسألة الآتية قوله ولو اوصى بثلثه لواحد وبثلثه لآخر كان
ذلك رجوعا عن الاول الى الثاني في الفرق بين هذه المسألة والتي قبلها الوجه الحاصل للحكم ان الثلث المضاف الى الموصي هو الثلث
النافذ فيه وصيته شرعا فاذا اوصى به ثانيا فقد رجع عن الوصية الاولى لانه ليس له ثلثان مضافان اليه على هذا الوجه فيكون
بمنزلة ما لو اوصى بعين لواحد ثم اوصى بها لآخر بخلاف قوله لفلان ثلث من غير اضافة الى نفسه فانه متعلق بجملة المال من غير ان
ينسب الى الثلث النافذ فيه الوصية فاذا اوصى بعده بربع لا ينافي الاول فهو منه انه بعض الثلث السابق بل الربع الذي هو

[illegible]

خارج عن الثلث المتعلق باصل المال كذلك الدين فيكون وصايا متعددة لا تضاد بينها فيبدأ بالاول فالاول الى
ان يستوفي الثلث عند عدم الاجازة وفي معنى قوله الثلث الذي يخصه وينتفع والثلث المتعلق به ونحو ذلك والحاصل ان
المرجع الى شيء واحد وهو ان الوصيتين [illegible] كل وصيتين يحمل على الصحيح سواء كانت نافذة من الاصل ام متوقفة على اجازة
الورثة لان كلا منهما صحيح والتوقف على اجازة الورثة لا ينافيه بل هو كالخيار الثابت للبائع فانه لا ينافي ملك المشتري
خصوصا على المختار من كون الاجازة تنفيذا لا ابتداء عطية ومن ثم لو بدأ فيها لو كان يتجزأ صح الجميع ووقف الزائد منه على
الاجازة كالوصية بجزء التوقف على الاجازة لا ينافي الصحة ولو فرضت ان كل وصية من هذه الوصايا صحيح لم لا يزول هذا
الحكم الا بلفظ يدل على الرجوع عما سبق وحكم بصحته وهو في المسألة السابقة وكل ما في معناها منتف ويتولد الحكم
وهو موجود بالقرينة القوية ولوابدله بقوله لفلان ثلث ولفلان ثلث كالاول لعدم القرينة الدالة عليه على الرجوع فضلا
عن التصريح وبحمل الشك في الرجوع كاف في عدمه فيحكم بصحة الجميع ويحمل في الزائد عن الثلث بمقتضى القاعدة المستقرة من
البداءة بالاول فالاول ومتى وجدت الدلالة على الرجوع عمل بها وكان الثاني ناسخا للسابق وعلى هذا فلو قال الزيد ثلث
ثم قال اعطوا عمرا ثلثي كان ناسخا للاول لما ذكرناه ولو عكس فقال اعطوا زيدا ثلثي ثم قال اعطوا عمرا ثلثا لم يكن الثاني
ناسخا لعين ما ذكرناه من القرينة الدالة على الرجوع وعدمه ولو فرض في بعض الاوقات او الافراد تخلفها فيحكم بهما تبعا
فيها او وجدها فيها حكمنا بتخلفها اعتمادا على مقتضاها تبعا واثباتا الا انه عند التجرد عن العلوم يظهر رجحانها لما ذكرناه
انتفاء هل من غيره ظاهر ولعبد ثلث مالي او وصاياه ثلثي فطاقة او بالمطلق وجهان يظهر وجههما مما حققناه والاقوى
عدم التصاد هنا للشك في ارادة الرجوع بذلك مع كون اللفظ اعم فان ثلث ماله اعم لوقوع الثلث المنسوب اليه في باب الوصية
التنوع لثبوت القرائن على ارادته مع الاضافة اليه ولم يظهر ذلك مع الاضافة الى ماله وقد حققنا ان مجرد الشك كاف في عدم
الحكم بالرجوع وهو هنا موجود ولو فرض وجود قرينة خارجة عن اللفظ افادت الرجوع عمل بها هنا ايضا كما قررناه الا ان ذلك
امر خارج عن اللفظ هذا خلاصة ما ينبغي تحقيقه في هذه المسائل واعلم ان كلام الاصحاب قد اختلف فيها اختلافا كثيرا ولكل
الفتوى حتى من الرجل الواحد في الكتب المتعددة بل الكتاب الواحد فالعلامة في القواعد وافق المصنف على ما ذكره في المسألتين لكنه اشكل
بعد ذلك في المسألة الثانية ورد في حكم في الثانية كذلك الى ان قال وجعل فيه نظر او وجه الاشكال في النظر عما ذكرناه
من ان كل واحدة منهما وصية يجب تنفيذها بحسب الامكان ولا يجوز تبديلها مع عدم الزيادة ووجه احتمال [illegible] الثلث اليه [illegible]
الرجوع لان جميع الثلث ما دام حيا ليصح تصرفه فيه وانما يخرج عن ملكه بعد الموت فلا يحصل موجبه الا انه لا يدعي وجود القرينة في هذه
الاضافة على الرجوع ومن ثم لما ابدل الاضافة الى ماله خلا عن الثلث مطلقا شككنا في ارادة الرجوع فلم نحكم به وقد مضى الاحتمال
وفي التحرير اقتصر على الحكم بالقرينة وعدمها الاختصاص وجزم بعدم وجودها في ثلث مال ولم يتعرض للثلث المضاف الى الموصي بل
اعتمد على القرينة ومع الشك [illegible] الحكم بالرجوع وهذا هو الحق في المسألة والمحقق الشيخ علي في الشرح اعتمد في المسألة
اصل الفرعية بما ذكرناه ورتب الحكم وجوابي الاصل في الوصية ان يكون نافذة فيحمل عليها على ما يقتضي النفوذ بحسب الامكان وانما يكون
الثانية نافذة اذا كان متعلقها هو الثلث الذي يجوز للمريض الوصية فيجب حملها عليه كما يجب حمل الاطلاق في بيع الشريك النصف
على حصته حملا للبيع على معناه الحقيقي حتى يتحقق النفاذ في مسألتنا لو قال الوصيتين بثلث لزيد وثلث لعمرو فيكون الثاني
ناسخا للاول فيتقدم وادلة ما لو قال ثلث مالي ثم فرع عليه انه لو اوصى لزيد بثلث ولعمرو بربع حمل الثاني على ان [illegible]

القرائن ان يكون الوصية الاخيرة رافعة للاولى مع اعترافه بانه يخالف ما صرح به جميع الاصحاب والحاصل انه على ذلك ما نحن فيه من
ان الاطلاق في الوصية يحمل على النافذة وانت قد عرفت ما حققناه سابقا ان الاطلاق في الوصية وغيرها من العقود انما
يحمل على الصحيح لا النافذ بحيث لا يترتب عليه فسخ من جهة فلا اعتبار به قطعا الا ترى ان الوصية بجميع المال يوصف بالصحة ويتوقف
ما زاد على الثلث على الاجازة ولا يقول احد انها ليست صحيحة وكذلك البيع بخيار حكم بصحة البيع وان لم يكن نافذا بمعنى انه لا يحتمل
احد فسخه وما مثل به من بيع الشريك النصف فانه يحمل على استحقاقه لا يؤثر هنا للفرق بينه وبين المتنازع لان جميع
التركة مستحقة للموصي حال الحياة انما ما نفذ او مضى باستحقاقه ومن ثم حكموا بصحة الوصية بما زاد على الثلث وبصحة هبته له و
توقفه على اجازة الورثة لا ينافي ذلك كالبيع بالخيار للبايع بالنسبة الى ملك المشتري بل اضعف للخلاف في ان الملك هل ينتقل
اليه في زمن الخيار ام لا والاتفاق على ان التركة مملوكة للموصي ما دام حيا ومن ثم [illegible] لو برئ من مرضه ومات [illegible]
تنفيذ الوصية لا عطية منجزة على تفصيل اصحابنا [illegible] في غلبة الاجماع واما الفرق في التنفيذ والعطية [illegible]
واصحابنا يجعلون العطية [illegible] وان الاطلاق يحمل على الوصية الصحيحة وكل وصية من المذكورات
صحيحة سواء كانت نافذة ام لا فلم يبق الوصية المتاخرة عن الوصية بالثلث على انها ناسخة للسابقة ورجوع عنها بل [illegible]
الموصي اعطاء كل واحد ما اوصى له به وان توقف ذلك على اجازة الورثة فان ذلك امر خارج عن الوصية المعتبرة شرعا وقد ظهر
بذلك انه لا تضاد بين قوله اوصيت لزيد بثلث ولعمرو بثلث ولا بين قوله لزيد بثلثي ولعمرو بربع [illegible] التضاد
صريحا اذا قال بعد الوصية لزيد بثلث اوصيت لعمرو بالثلث الذي اوصيت به لزيد او بثلثي او بالثلث الذي جعلته
نعم في غير متوقف على الاجازة ويجوز ذلك في مثل قوله بثلثي لزيد ثم بثلثي لعمرو بالقرينة لا بالتصريح كما حققناه واما الشيخ
فقد اتفق له في هذه المسألة غرايب من الكلام قال اذا اوصى بثلث ماله لانسان ثم اوصى بثلث ماله لغيره ولم يجز الورثة
كانت الوصية الثانية رافعة للاولى وناسخة لها ثم استدل عليه باجماع الفرقة والاخبار وبانه لو قال العبد الذي كنت
اوصيت به لفلان فقد اوصيت به لفلان فانه يكون رجوعا عن الاولى فكذا اذا اطلق وادعى عدم الفرق بين المقيد والمطلق
ثم قال في الخلاف ايضا لو اوصى لرجل بثلث ولاخر بثلثه واجاز الورثة [illegible] الاخيرة ولو بدا بالثلث واجاز واعطى الاول الثلث والاخر
الثلثين وهو [illegible] المنافاة للسابق الذي جعله لان الثلث في المسألة الثانية مضاف اليه فهو اقوى في ارادة ثلث اخر
من ثلث ماله في السابق الذي جعله رجوعا وكون السابق في الثانية جميع ماله لا يؤثر في دفع المنافاة لان جميع ماله مشتمل على الثلث
الذي اوصى به ثانيا وما احتج به من الاخبار لم نقف عليه اصلا الا من حيث عموم ما دل منها على جواز الرجوع عن الوصية وذلك
لا يفيد لمنع تناوله المتنازع فيه واما استدلاله بالرجوع عن الوصية بالمعين من [illegible] ودعواه عدم الفرق بين المعين
والمطلق يغني عن الجواب وينبغي ذكر ما حكيناه عن الخلاف في المسألتين ايضا ثم ذكر مسألة ثالثة فقال رجل اوصى بثلث ماله
لاجنبي وبثلث ماله للوارث وقد بينا انه [illegible] وهو ان يمضي الاولى منهما فان اشتبه استعمل القرعة [illegible] تقديم الاولى
وجعله مذهب الاصحاب وقال بعده للشافعي اذا اوصى لرجل بثلث ماله ثم اوصى لاخر بثلث ماله فهاتان وصيتان بثلثي ماله وكذا
اذا اوصى بعبده لرجل ثم اوصى لرجل اخر بذلك العبد بعينه فهما وصيتان ويكون الثاني رجوعا عن الاول وهذا التنافي بين
الحكمين وانما افترقا بكون احد الموصى له في الاولى وارثا والاخر اجنبيا ولا فرق بين ذلك عندنا وانما قصد به الرد على الفقهاء
الفارقين بين الوصية للوارث والاجنبي كما ذكره قبل ذلك بغير فصل فتامل كيف ادعى في الخلاف الاجماع على نسخ الثانية الاولى

وفي ذلك تقديم الاولى [illegible] بالاجماع كما لا يخفى على من عادته ان يكون ذلك في مقابلة مذهب المخالفين ومع ذلك
لم يذكر الحكم مخالفا بل حمل الحديث [illegible] الكتابين مع اتحاد مثال المسألة والله الموفق **قوله** ولو اشتبه الاول استخرج بالقرعة اي اشتبه
السابق من الموصى لهما بالثلث فانه يستخرج بالقرعة الحكم بالوصية للمتاخر على ما اخترناه او له على القول الاخر ولا فرق بين الحكمين
في استعمال القرعة وصفتها ان يكتب في رقعة اسم احدهما وانه السابق ثم يكتب في الاخرى اسم الاخر وانه السابق ثم يجمعا
ويخفيان ثم يخرج احدهما فمن خرج اسمه كان هو السابق ولو كتب في كل رقعة ان صاحبها المتاخر صح ايضا وقس على ذلك
ما لو تعدد الموصى له **قوله** ولو اوصى بعتق مماليكه دخل في ذلك من يملكه منفردا ومن يملك بعضه واعتق نصيبه وقيل يقوم
عليه حصة شريكه ان احتمل ثلثه ذلك والا اعتق منهم من يحتمله الثلث وبه رواية فيها ضعف اما دخول المملوك جميعه
فانه واما المبعض فلصدق المملوكية له على ذلك البعض وبما يدرك الموصي بعتقهم جمع مضاف فيفيد العموم في كل ما يتناوله اللفظ
واما عدم تقويم حصة الشريك عليه وان وفي ثلثه بقيمتها فلزوال ملكه عن ماله بالموت الا ما استثناه وحصة الشريك ليس
منه والعتق انما حصل بعد الموت فصادف عدم المال الموجب لحكم السراية والقول بالتقويم للشيخ في النهاية ونحوه [illegible] برواية
احمد بن زياد عن ابي الحسن ع قال سألته عن الرجل تحضره الوفاة وله مماليك لخاصة نفسه وله مماليك في شركة رجل اخر
فيوصي في وصيته مماليكي احرار ما حال مماليكه الذين في الشركة فكتب ع يقومون عليه ان كان ماله يحتمل ثم احرار ولان
الموصي اوجد سبب السراية في العتق لا سيما والعتق في الحقيقة اليه ولهذا كان له الولاء فيوجد بسببه [illegible] ولو اطلق
السبب التام [illegible] المطلوب [illegible] التام معناه هنا لان السبب التام للسراية العتق مع اليسار واليسار هنا منتف
لانه لا يملك بعد الموت ونقول ان سبب السراية انما هو العتق والوصية به والعتق انما بعد الوفاة فيسببه يجب ان يقع بعده كذلك
مع اجتماع شرائطه التي من جملتها اليسار وهو منتف عنه بعد الوفاة لما ذكرناه فان قيل كان العتق سبب قريب في السراية
كذلك الوصية سبب فيها لانها سبب العتق وقد حصلت حالة اليسار لانه المفروض والعتق سبب في السراية فلما تجرد وجب
السبب انه يقتضي وجود المسبب الا اذا اجتمعت شرائطه ولانه يكون تخلف المسبب عن سببه لفقد شرطه وهو هنا كذلك لان شرطه
العتق وقت الوفاة [illegible] الوصية انما يقع بعد الوفاة فاذا تخلف المسبب وهو العتق عن سببه الى ما بعد الوفاة
لزم منه تخلف مسببه وهو السراية كذلك [illegible] المطلوب بحيث لم يصادف المال واما الرواية فلا تصلح لتاسيس الحكم لانها
ضعيفة السند جدا باحمد بن زياد المذكور فانه واقفي غير ثقة **قوله** ولو اوصى بشي واحد لاثنين وهو يزيد عن الثلث فلم
تجز الورثة كان لهما ما يحتمله الثلث ولو جعل لكل واحد منهما شيئا بدئ بعطية الاول وكان النقص على الثاني منهما الا ان وصيته
بالواحد لاثنين في الاولى جعلهما بلفظ واحد بحيث لا يحصل الترتيب بين الوصيتين وان كان اللفظ يقتضي ذلك بطريقة
الكتابة فان قال اعطوا فلانا وفلانا مائة درهم او الدار الفلانية فانها تكون وصية واحدة فان لم يحتملها الثلث جاء النقص
عليهما بالنسبة والمراد بجعله لكل منهما شيئا وصية لهما متعاقبتين بان يقول اعطوا زيدا خمسين واعطوا عمرا خمسين او
زيدا نصف الدار وعمرا نصفها الاخر [illegible] الحكم وان كان اللفظ ايضا [illegible] لتناوله الصورة الاولى كالعكس فانه لو قال
اوصيت لزيد وعمرو بالدار الفلانية لكل واحد نصفها صدق انه جعل لكل واحد منهما شيئا وحكمه كالاولى لو قال
اوصيت لهما بالدار لزيد منها البيت الفلاني ولعمرو الباقي فالظاهر انها وصية واحدة وان كان اخرها مفصلا متعاقبا لانه
وقع بيانا لما اجمله اولا [illegible] ولو قال اوصيت لهما بمائة درهم لزيد منها خمسون ولعمرو الباقي ولو انقص على

التفصيل الاخير فلا شبهة في كونهما وصيتين متعاقبتين بتقدم الاولى منهما حيث لا يسعهما الثلث ولا فرق على تقديم النقص بين
ان يوصي بكل منهما بشي معين من العين كالبيت المذكور من الدار وشاع كالنصف لاشتراكهما في المقتضي **قوله** ولو اوصى بنصف ماله
فاجاز الورثة ثم قالوا ظننا انه قليل قضي عليهم بما ظنوه وحلفوا على الزائد وفيه تردد والمراد انه يقبل قولهم في قلة المال مع
يمينهم ويقضى عليهم بما ادعوا ظنه كما لو ادعوا بعد اجازة الوصية بنصف المال ظننا انه الف درهم فظهر انه الف دينار فانه [illegible]
بصحة الاجازة في خمسمائة درهم ووجه قبول قولهم استناده الى اصالة عدم العلم بالزائد مضافا الى ان المال مما يخفى غالبا
لا يدعو علمهم يمكن ان يكون صادقة ولا يمكن الاطلاع على صدقه ظنهم الا من [illegible] لان الظن من الامور النفسانية فلو لم يكتف فيه
باليمين لزم الضرر لتعذر اقامة البينة على دعواهم ووجه تردد المص مما ذكرناه ومن تناول اللفظ القليل والكثير وقد دخلوا على ذلك
مع كون المال مما يخفى كما ذكر فالرجوع الى قولهم رجوع عن لفظ [illegible] الى دعوى ظن يجوز كذبهم فلا يقوى
القبول [illegible] الى الموصى له نصف ما ظنوه وثلث باقي التركة **قوله** اما لو اوصى بعبد او بدار فاجازوا الوصية ثم ادعوا انهم ظنوا
ان ذلك بقدر الثلث او ازيد بيسير لم يلتفت الى دعواهم لان الاجازة هنا تضمنت معلوما [illegible] لان الاجازة تضمنت معلوما
على الفرق بين ما اذا كانت الوصية بعين فاجازوا وما هي هذه المسألة وبين انهم ظنوا ان العين الموصى بها بقدر ثلث التركة
او ازيد بيسير فظهر انه زائد بكثير لقلة المال الظاهر او دين وبين ما اذا كانت بجزء شائع [illegible] حيث قبل قولهم في
الثاني دون الاول وحاصل الفرق ان الاجازة هنا وقعت على معلوم للورثة وهي العين المخصوصة كيف كان من التركة بخلاف
الاجازة [illegible] عليهم في مسألة الوصية بالجزء الشائع من التركة فان العلم بمقداره موقوف على العلم بمجموع التركة والاصل عدمه
فيقبل فيه دعوى الجهالة ويرجع ذلك الى [illegible] الاصل في الاول [illegible] في الثاني [illegible] بين المسألتين
والقبول في الحالين [illegible] في القواعد [illegible] وجه القبول هنا لان الاجازة وان وقعت على معلوم الا ان كونه بمقدار
الثلث [illegible] انما يعلم بعد العلم بمقدار التركة والاصل عدم علمهم بمقدارها [illegible] على الظن [illegible]
[illegible] بالاضافة الى مجموع التركة وان لم يكن قليلا في نفسه [illegible]
كثرة المال مع ان الاصل عدمه [illegible] ظهور خلاف ما اعتقدوه من الكثرة ولو
ظهر عليه دين قدم على الوصية [illegible] المال الفاضل منها وهذا موافق للاصل [illegible] في القبول في الاول
امكان صدقهم في الدعوى وتعذر اقامة البينة بما يعتقدونه وهو هنا متحقق هنا لان الاصل عدم العلم بمقدار التركة و
ذلك يقتضي قدر المعين من التركة كما لا يخفى ولعل القبول اوجه **قوله** واذا اوصى بثلث ماله مشاعا كان للموصى له
من كل شي ثلثه واذا اوصى بشي معين وكان بقدر الثلث فقد ملكه الموصى له بالموت ولا اعتراض فيه للورثة ولو كان له مال غائب
اخذ من تلك العين ما يحتمله الثلث من المال الحاضر ويقف الباقي حتى يحصل من الغائب لان الغائب [illegible] لو اوصى
له بثلث ماله [illegible] اما ان يكون معينا او شائعا كجزء من التركة فان كان الثاني فهو شريك للورثة في كل شي
حاضر وغائب دين وعين [illegible] حكم الورثة في التصرف في المال المشترك [illegible] وان كان الموصى به معينا [illegible]
ملكها الموصى له بالموت والقبول [illegible] اعتراض من حيث ان فيه تخصيصا [illegible] جملة العين وهم يستحقون ثلثاها [illegible]
الدالة على ان تصرف المريض في ثلث ماله مطلقا من غير [illegible] الورثة [illegible] الاعيان [illegible] الوصية
بايديهم من جملة التركة كيف كان بالقيمة الشرعية وهو هنا حاصل هذا اذا كان ضعف الموصى به بايديهم كما ذكر ولو لم يكن بايديهم

بان كان له مال غائبا او بيد متسلط مانع فان لم يكن بيدهم شي اصلا تسلط الموصى له على ثلث تلك العين خاصة وكان ثلثاها
موقوفا [illegible] الوارث [illegible] وان كان بيدهم شي لا يقوم بالضعف اخذ من العين ما يحتمله الثلث منها ومما
بايديهم من المال وكان الباقي منها موقوفا لا بمعنى تسلط الوارث عليه لامكان حصول الغائب وما في معناه فيصح الوصية في جميع
العين بل يبقى [illegible] بيد الحاكم او من [illegible] عليه الوارث والموصى له لان الحق منحصر فيهما الى ان يتبين الحال ثم
القدر الذي يخرج من الثلث من العين [illegible] يتسلط الموصى له عليه [illegible] وان كان ملكا له وجهان اصحهما الاول
لوجود المقتضي وهو ملكه بالوصية المحكوم [illegible] بالنسبة الى الثلث على كل حال لان غاية ما هناك تلف الغائب فيكون الحاضر
هو مجموع التركة [illegible] ووجه المنع رعاية حق الوارث [illegible] على ضعف ما يستحقه الموصى له على الثلث [illegible]
عليه الوارث وهو هنا ممتنع بالنسبة الى الوارث [illegible] من العين غير معلوم الان حيث تعلقت [illegible]
والحال ان المال الذي هو ضعف العين موجود وانما وقعت في الجميع لعدم قبض الوارث له فيجب ان يمنع الموصى له من التصرف [illegible]
لاحتمال ان يتلف ذلك المال الغائب فيكون الوارث شريكا في العين [illegible] مجرد الاحتمال [illegible] على منع المالك المستقر ملكه
على الثلث مع كون الباقي غير خارج عن ملكه بل استقرار ملكه له موقوف على حصول الغائب والا فاصل الملك حاصل بالوصية والقبول
والخروج من الثلث في الجملة ومن ثم لو حصل الغائب كان نماء العين اجمع للموصى له ومراعاة حق الوارث [illegible] احتمال تلف المال يحصل بايقاف
ما زاد على الثلث الى ان يظهر حال المال **قوله** ولو اوصى بثلث عبده فخرج ثلثاه مستحقا انصرفت الوصية الى الثلث الباقي تحصيلا لامكان
العمل بالوصية [illegible] ثم ظهر كونه لا يملك منه الا الثلث انصرفت الوصية الى [illegible]
حتى يصح في ثلث الثلث خاصة كالاقرار قطعا والبيع على احد الوجهين والفرق بينه وبين الوصية ان الوصية لا يصح الا بما يملكه الموصي فلو
اوصى بمال الغير لغت بخلاف الاقرار [illegible] بمال الغير [illegible] لم يصح الاقرار والبيع [illegible] يصح ويقف على اجازته
[illegible] وان توقف على الاجازة [illegible]
[illegible]
[illegible] **قوله** [illegible]
[illegible] **قوله** [illegible]
[illegible]

بزال العقد الصفة المحرمة بان يكون منها الى غيرها من الصفات المحللة ان يكون فان لم يكن الا المنفعة المحرمة بطلت الوصية
العبارة فيقتضي زوال الصفة المحرمة مع بقاء المنفعة لو فقد بكسره والانتفاع بخشبه في بعض المنافع المحللة كونه العقد على
هذا القول ويشكل مع خروجه عن كونه عوداً الان وصيته معتدة على وصف العود مكسوراً خرج عن الاسم لا ينافي الذي نقل
الى الموصى له فلان ينفعل برهانا ومن جملة كسره بل هو واجب حيث يتوقف زوال الصفة المحرمة عليه فلا يقدح ذلك في جواز
الوصية لانا نقول ان جواز تصرفه فيه بالكسر وغيره موقوف على صحة الوصية وصحتها موقوفة على كسره قبله ولو فعل ذلك
كسره من غير الموصى له قبل دفعه اليه ليندفع الدور ما فيه ما تقدم من زوال الاسم العود الذي هو متعلق الوصية فلا يكون بعد كسره
موصى به يحصل بدفعه الى الموصى له الامتثال والاقوى انه ان يمكن زوال الصفة المحرمة مع بقاء اسمه صحت الوصية والا بطلت
عصره فيما عنده وهو بناء في تحصيل هو من خارج ولو لم يجد شيء ما يتناوله الاسم شرعا فيكون ذلك عذرا له
بالمحرم قوله ويصح الوصية بالكلاب المملوكة ككلب الماشية والصيد والحايط والزرع في قوله المملوكة تنبيه على ان المراد
بملكها لم يجز بيعها لثبوت الاختصاص بها وانتقالها بيد الى يد الوارث يعني وهو ما هو من المال الصالح في ذلك
بعض العامة فمنع من الوصية بها وان جاز اقتناؤها وهو شاذ عندهم ايضا وفي حكم الكلاب الاربعة الجرو الذي يرجى
الانتفاع به على الاقوى وجواز اقتناء ما كان من تشرب فاما ما لا يحل اقتناؤه كالكلب العقور فلا يصح الوصية به قطعا اذا انفرد
فاذا اوصى بكلب يجوز الوصية به فان وجد في التركة فذاك والا فان جوزنا شراءه اشترى من التركة ودفع الى الموصى له وان
لم نجوز شراءه احتمل بطلان الوصية لعدم امكان انفاذها على الوجه المشروع ومراعاة تحصيله بغير البيع ان لم يلزم
عدم جواز بيعه عدم امكان تحصيله بغيره فيجب تحصيله على الوارث تفصيا من تبديل الوصية مع امكان انفاذها فان
امكن تحصيله والا بطلت الوصية ويشكل بانه لا يلزم من امكان تحصيله للوارث وجوبه عليه اذ لا يجب عليه انفاذ وصيته
مورثه الا من مال المورث وهو منتف هنا فالاقوى البطلان مطلقا لكن لو تبرع به متبرع من وارث وغيره صح وان لم يكن ذلك
واجبا قوله ولو اوصى بجزء من ماله ففيه روايتان اشهرهما العشر وفي رواية سبع الثلث اذا اوصى بجزء من ماله فقد
اختلف الاصحاب في تعيينه مع اتفاقهم على تخصيصه بقدر معين شرعا وان لم يكن معينا لغة ولا عرفا ووجه الاتفاق
اختلاف الروايات فيه فذهب جماعة منهم المصنف الى انه العشر لروايات عبد الله بن سنان عن عبد الرحمن بن سيابة قال ان امرأة
اوصت الي وقالت ثلثي يقضى به ديني وجزء منه لفلان فسالت ابن ابي ليلى فقال ما ادري لها شيئا ما ادري ما الجزء فسالت
ابا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال كذب ابن ابي ليلى لها عشر الثلث ان الله تعالى امر ابرهيم فقال اجعل على كل جبل منهن
جزءا وكانت الجبال يومئذ عشرة فالجزء هو العشر من الشيء وفي معناها رواية معوية بن عمار قال سالت ابا عبد الله عن رجل
اوصى بجزء من ماله قال جزء من عشرة قال الله تعالى اجعل على كل جبل منهن جزءا وكانت الجبال عشرة اجبال وروى ابان بن
تغلب في الحسن عن ابي جعفر عليه السلام مثله واستشهد بالجبال وروى ابو بصير عن ابي عبد الله عليه السلام مثله وهذه الاخبار
وان ضعف سندها الا انها كثيرة يعضد بعضها بعضا مع ان فيها الحسن كما ذكرناه وذكر العلامة في المخ ان حديث عبد الله
بن سنان صحيح ولم يذكر في سنده عبد الرحمن بن سيابة بل جعل الراوي عن الامام ابي عبد الله بلا واسطة وقد رواه الشيخ
كذلك في الاستبصار وعليه فيكون صحيحا كما ذكر لكن الموجود في بيت عندي وهو بخط الشيخ ابي جعفر رحمه الله رواية عن عبد
الرحمن بن سيابة وهو مجهول فلا يكون صحيحا ويؤيده كونه سال ابن ابي ليلى في ذلك ومن المستبعد جدا ان عبد الله بن سنان

العقد

الفقيه الجليل الاثاري يسال ابن ابي ليلى في ذلك بل الموجود في الاخبار ان ابن ابي ليلى كان يسال ويسال الصحابة مثل محمد بن مسلم
وغيره من كثير من المسائل وكذلك في من جعل حديثه صحيحا كما ذكره العلامة وبالجملة فالرواية بذلك جيد محفوظة في السند لم
يرجح رواية في جنابه اصل الاستبصار فلا يكون صحيحة من كل حال وذهب جماعة من الاصحاب واكثر المتاخرين الى انه السبع لصحيحة
احمد بن ابي نصر البزنطي قال سالت ابا الحسن عليه السلام عن رجل اوصى بجزء من ماله فقال واحد من سبعة ان الله تعالى يقول لها
سبعة ابواب لكل باب منهم جزء مقسوم قلت رجل اوصى بسهم من ماله فقال السهم واحد من ثمانية ثم قرا انما الصدقات للفقراء
والمساكين ومثله روى اسمعيل بن همام في الصحيح عن الرضا عليه الاف التحية والثناء واستشهد بالابواب السبعة وهذا
اصح رواية والاول اكثر فلذلك قال المص اشهرهما العشر فان تلك اشهر وهذه اصح وينبغي ترجيح الصحيح نعم من حكم بصحة رواية
عبد الله بن سنان وانضم اليها حسنة ابان والباقي من الموثق يتوجه ترجيحه بعضها بعضها وهو مرجح في الحكم بها لكثرتها
وزيادتها على هذه وموافقتها للاصل وبعدها من الاضطراب اذ في رواية السبع انه سبع الثلث وهي الرواية الثالثة التي
اشار المص اليها اخيرا رواها الحسن بن خالد عن ابي الحسن عليه السلام قال سالته عن رجل اوصى بجزء من ماله قال سبع ثلثه وهذه
الرواية مع جهل سندها بالحسن بن خالد شاذة لا عامل بمضمونها والفرق بينها وبين رواية عبد الله بن سنان المفسرة
بعشر الثلث ان الموصى فيها صرح بكون الجزء من الثلث وهنا جعله من ماله ولا اشكال في حمل الجزء على معناه من العشر او السبع
وذلك لا يتخلف فان نسب الى المال فهو عشره او سبعه او الى الثلث او الى النصف او غيرهما فهو العشر او السبع من ذلك
الجزء المنسوب اليه فالرواية الاولى لا تخالف هذه وروايات السبع بخلاف هذه فانها تخالف الجميع والشيخ في جمع بين الاخبار
بحمل الجزء على العشر مع استحباب العمل بالسبع للورثة ولا باس بهذا الحمل حذرا من طرح الروايات المعتبرة واعلم انه قد ظهر مما
قررناه ان معنى قول المص فيه روايتان اشهرهما العشر انه يريد بالروايتين رواية العشر ورواية السبع او اراد به جنس
الرواية لانها متعددة من الجانبين وان قوله وفي رواية سبع الثلث اشارة الى رواية ثالثة لا ان هذه ثانية الروايتين وان
احدهما رواية العشر وهذه الاخرى كما يوهمه ظاهر اللفظ قوله ولو كان بسهم كان ثمنا هذا هو المشهور بين الاصحاب وقد تقدم
في صحيحة البزنطي ما يدل عليه واستشهد بسهام ارباب الزكوة الثمانية ومثله حسنة صفوان عن الرضا عليه الاف التحية والثناء وفي
موثقة السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام ما ذهب الشيخ في احد قوليه الى انه السدس لما روي عن ابن مسعود ان رجلا اوصى لرجل بسهم من
المال فاعطاه النبي صلى الله عليه وآله السدس وقيل ان السهم في كلام العرب السدس وروى طلحة بن زيد عن ابي عبد الله عليه السلام انه العشر
ولا قطع بهما قائلا ونسبة الشيخ الى الوهم الاولى انه سمع يقول اوصى بجزء من ماله فظن السهم او انه ظن ان السهم والجزء واحد قوله
ولو كان بشيء كان سدسا هذا اللفظ من جملة الالفاظ المعينة نصا والظاهر انه اتفاقي اذ لا يظهر فيه مخالف والمستند
ابان عن علي بن الحسين عليه السلام انه سئل عن رجل اوصى بشيء فقال الشيء في كتاب علي عليه السلام سدس قوله ولو اوصى بوجوه فنسي
الموصى بعضها اعطي في وجوه البر وقيل يرجع ميراثا القول الاول هو المشهور بين الاصحاب وجه خروج المال عن الميراث بالوصية
النافذة اولا لانه الغرض فعوده الى ملك الوارث يحتاج الى دليل وجهالة مصرفه بعد ذلك لا تصيره ميراثا بل هو مال مجهول المستحق فيصرف في
وجوه البر ولانه لو رجع الى الوارث ملك الوارث لزم تبديل الوصية المنهي عنه بخلاف البر لانه محتمل مقتضاه ومن ثم خرج عن الارث
فاستحقها له المصرف فيما فيه المال المجهول ولان الموصى بها اراد بوصيته القربة المخصوصة فاذا فات الخصوص بالنسيان
بقي العموم فيكون القرب الى مراد الموصى ويشهد له رواية محمد بن الريان قال كتبت الى ابي الحسن عليه السلام اساله عن انسان

اوصى بوصيته فلم يحفظ الوصي الا بابا واحدا منها كيف يصنع بالباقي فوقع عليه السلام الابواب الباقية اجعلها في البر والمراد بالبر وجوه
القرب من الفقراء والمساكين والمساجد والقربات وكل ما فيه قربة معتد بها والقول برجوعه ميراثا لابن ادريس ونقله عن الشيخ
ايضا في بعض فتاويه والتوقف في كتبه مع الاول وحجته انه بنسيانه بطلت لامتناع القيام بها فيرجع الى الميراث وجوابه انه بعد تسليم
الجوهر من القيام بها البطلان لما ذكرناه من ان وجوه البر بعض مراد الموصى مضافا الى ما ذكرناه من خروجها عن ملك الوارث فلا يعود
بمثل هذه الاوهام وقد تقدم لهذه المسئلة ونظائره كثيرة في الوقف الخ قوله ولو اوصى بسيف معين وهو في جفن دخل الجفن
والحلية في الوصية وكذا لو اوصى بصندوق وفيه ثياب او سفينة وفيها متاع او جراب وفيه قماش فان الوعاء وما فيه داخل
في الوصية وضعيفة القول بدخول جميع ما ذكر في الوصية هو المشهور بين المتقدمين والمتاخرين والمستند رواية ابي جميلة
عن الرضا عليه الاف التحية والثناء قال سالته عن رجل اوصى لرجل بسيف وكان في جفن وعليه حلية فقال له الورثة انما لك
النصل وليس لك المال قال فقال لا بل السيف بما فيه له قال قلت رجل اوصى لرجل بصندوق وكان فيه مال فقال الورثة انما لك
الصندوق وليس لك المال قال فقال ابو الحسن عليه السلام الصندوق بما فيه له وروى عقبة بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام قال سالته عن
رجل قال هذه السفينة لفلان ولم يسم ما فيها وفيها طعام ايعطاها الرجل وما فيها قال هي للذي اوصى له بها الا ان يكون
صاحبها متهما وليس للورثة شيء وهذه الروايات ضعيفة السند الا انها موافقة للعرف فان العرف شاهد بدخول جفن السيف وحليته فيه وهو محكم
في امثال ذلك فانه لو قيل خذ سيفك او سيف فلان ينتقل الى الذهن دخول هذه الاشياء فيه حتى لو جرد من جفنه لعد في العادة
سيفا والعرف كاف في اثبات الحكم وبقي الرواية شاهدا فالحكم بدخولها فيه قوي واما الثاني فلا يدل على العرف تناول الظرف للمظروف
غالبا والرواية قاصرة عن اثبات المطلوب فالقول بعدم الدخول اجود نعم لو دلت القرينة على شيء في بعض الافراد اتبع كما لو
دل على عدم دخول الجفن او الحلية في بعض المواد لم يدخل وجملة الامر يرجع الى عدم الدخول الا مع العرف او القرينة كالمشار اليه
واستبعده الشيخ في بر فانه حكم بدخول هذه الاشياء بشرط ان يكون الموصى عدلا مامونا والا لم ينفذ الوصية في الكل
وهو بعيد من وجوه احدها اشتراط عدالة الموصى وهو غير معتبر في الوصية وانما يعتبرها بعض الاصحاب في الاقرار على بعض الوجوه
ما فيه وثانيها انه فقد هاهنا من الفصل بما نقله بن العدالة من الثلث على تقدير عدمها وهذا ينقض جملة احكام الوصية على حكم
المريض على بعض الوجوه وثالثها تعميم الحكم في هذه الاشياء مع ان الرواية التي هي منشا حكمه انما تضمنت بعضها وهي رواية
عقبة بن خالد المشتملة على السفينة خاصة مع ضعفها الا ان جامع مخالفته للاصل بعيد واعلم انه لا فرق في الحكم على التقديرين
بين كون الصندوق مقفلا ولم يكن وبين ما حكمه حيث قيدها بذلك ولا فرق في الحكم بين هذه الاشياء وغيرها
كما لو قال اعطوه سيفا او سفينة او صندوقا فانه لا يتناول الا الظرف خاصة الا مع دلالة القرينة حيث حملها على العرف ولا يقال
عليه ايضا وهو تم في عدم السيف ما فيه ودخول الجفن قوي لانه كالجزء عرفا اما الحلية فلا يدخل الا مع التعيين قوله ولو اوصى باخراج
بعض ولده من تركته لم يعتد به هل يلغو اللفظ فيه تردد وبين البطلان وبين جوازه يحمل على ان الموصى يجميع ماله من عدا الولد ينفذ من الثلث
الى قوله وفيه رواية بجواز مهجورة قد اختلف الاصحاب فيمن اوصى باخراج بعض ولده من الارث هل يقع صحيحا ويختص الارث بغيره من الورثة
او يخرج من الثلث ويصح في ثلثه ان زاد ام يقع باطلا الاكثر على الثاني لانها مخالفة للكتاب والسنة فيلغو قال الله تعالى يوصيكم الله في اولادكم
الاية واولو الارحام بعضهم اولى ببعض وروى سعد بن سعد عن الرضا عليه الاف التحية والثناء في رجل كان له ابن يدعيه فنفاه ثم
اخرجه من الميراث وانا وصيته فكيف اصنع فقال عليه السلام لزمه الولد لاقراره بالمشهد لا يدفعه الوصي عن شيء قد علم ووجه الصحة باعتبار الثلث

الاولى

ان اخرجه من التركة يستلزم تخصيص باقي الورثة بها فكان كما لو اوصى لهم فيمضي من الثلث فيمضي من مال الموصى باخراجه من الثلث
مشاركته في الثلثين ان كان معه مساو والاختصاص بالباقي ان لم يكن وهذا القول يتجه العلامة في المخ وعلى هذا فلو اجاز
نفذت في الجميع ويضعف بان الحمل على الوصية صرف عدول اللفظ لان اخراجه من الارث لا يقتضي كونها وصية بنصيبه لباقي
الورثة وان لزم منه رجوع الحصة اليهم لان ذلك ليس بالوصية بل لا خطا في التركة حيث لا وارث غيرهم ومن ثم لم يكن حال الموصى
عالما بالوارث كالولد لم يكن له الا ولد الذي لا يعلم من يرثه بعده ولم يخطر على باله الوارث فالحكم بالوصية بذلك عدول باللفظ
بالاهمال عليه باحدى الدلالات الثلاث من انتفاء المطابقة والتضمن وكذا الالتزام فقد عرفت تخلف شرطها لان
شرطها اللزوم البين بحيث يلزم من تصور الملزوم تصور اللازم او مع الوسط وهو منتف كما اشرنا من جواز ذهول الموصي عن
الوارث اصلا وعدم التفاته اليه بل عدم معرفته وتمام تحقيق الاستقامة من الولد الوارث فالبطلان مطلقا اقوى وان
وفيه رواية بجوازه مهجورة اشار بها الى ما رواه الشيخ والصدوق عن وصي علي بن السري قال قلت لابي الحسن عليه السلام ان علي بن السري توفي فاوصى
الي فقال رحمه الله فقلت ان ابنه جعفر وقع على ام ولد له فامرني ان اخرجه من الميراث قال فقال اخرجه فان كنت صادقا فيصيبه
خبل قال فرجعت فقدمني الى ابي يوسف القاضي فقال له اصلحك الله انا جعفر بن علي بن السري وهذا وصي ابي فمره فليدفع الي ميراثي
من ابي فقال لي ما تقول فقلت له نعم هذا جعفر بن علي بن السري وانا وصي علي بن السري قال فادفع اليه ماله فقلت اريد ان اكلمك
قال فادن فدنوت حيث لا يسمع احد كلامي فقلت له هذا وقع على ام ولد لابيه فامرني ابوه واوصى الي ان اخرجه من الميراث ولا
اورثه شيئا فاتيت موسى بن جعفر عليه السلام بالمدينة فاخبرته وسالته فامرني ان اخرجه من الميراث ولا اورثه شيئا فقال
الله ان ابا الحسن امرك قال قلت نعم قال فاستحلفني ثلاثا ثم قال انفذ ما امرك فالقول قوله قال الوصي فاصابه الخبل بعد ذلك
قال الشيخ في كتابي الاخبار بعد نقل الحديث هذا الحكم مقصور على هذه القضية لا يتعدى به الى غيرها وقال الصدوق في الفقيه بعد هذه
الرواية باخراج ابنه من الميراث ذكره لم يحدث هذا الحدث لم يجز للوصي انفاذ وصيته في ذلك وهذا يدل على انما يلزم بها فيمن
فعل ذلك اما الشيخ فكلامه صريح فيه واما ابن بابويه رحمه الله فانه لم يصرح به بل انما دل عليه مفهوم الاشتراط وقد نص في اول
كتابه على انه ما يذكره فيه يفتي به ويعتقد عليه فيكون حكما منصوصا وما ذكره من تفسير لم يحدث ذلك دفع للتوهم تعديه
الى غيره والذي يتوجه عندي فهذا هو الوجه القوي نسبة الى المص ووجهه ان الرواية ان الوصي الذي اخرجه مجهول الاسم والعدالة
فلا يعمل بخبره وفي طريقها ايضا المعلى بن محمد وهو مشترك بين الثقة والضعيف واعلم انه لا فرق في الحكم بين الولد وغيره من الوراث
او حكمنا بالبطلان او بنفوذها من الثلث على انه عملنا بالرواية وجب قصرها على موردها وهو الولد المحدث الحدث المذكور وقوفا
فيما خالف الاصل على مورده قوله ولو اوصى بلفظ مجمل لم يفسره الشرع رجع في تفسيره الى الوارث كقوله اعطوه حظا من مالي
او قسطا او نصيبا او قليلا او يسيرا او جليلا او جزيلا انما رجع في ذلك الى الوارث لانه لا مقدر لشيء من ذلك لغة ولا
عرفا ولا شرعا فكل ما يتمول يصلح لان يكون متعلق الوصية اما في القسط والنصيب والحظ والقليل واليسير فواضح واما في الجليل
والجزيل وما في معناهما كالعظيم والنفيس فانه وان كان عرفا يقتضي زيادة على المتمول الا انه مع ذلك يحتمل ارادة الاضافة
الى جميع المال متصف بذلك في نظر الشارع ومن ثم حكم بكفر مستحل قليله وكثيره كما نبهوا عليه في الاقرار بمثل ذلك مستفيض
على الحكم في الموضعين ولا ينافيه مع ذلك ومعه بالقلة وهو ما الاختلاف الحقيقية تقليله من حيث المقدار وجلالته من حيث
الاعتبار وعلى هذا لو قال اعطوه بدل قسطا اعطيا او عرفا او قسطا ايسرا لم يشترط في الوارث بينهما بزيادة الاول على الثاني

الاول

لما ذكرنا مع امتناع النظر الى الغلبية العرفية بارادة ذلك وفيه ايراد لك ان اعتبر لم يتم مثله عند الاغفال والظهور الغلبية العرفية الفرق
بين قوله يسير او جليلا وقوله عظيما وجليلا خصوصا مع الجمع بين الفاظ متعددة ما جد المعينين ولو تعذر الرجوع الى الوارث لغيبة
او امتناع او صغر اعطي اقل ما يصدق عليه الاسم لانه المتيقن **قوله** ولو قال اعطوه كثيرا قيل يعطي ثمانين درهما كما في النذر
قيل يختص هذا التفسير بالنذر اقتصارا على موضع النقل ولفظ الكثير كنظائره مما ذكر من الالفاظ السابقة في عدم دلالة اللغة
والعرف على حمله على قدر مخصوص ولكن ورد رواية ان من نذر الصدقة بالكثير بلا نية له الصدقة بثمانين درهما فعداها
الشيخ عن الصدق وقد جاءت الى الوصية ونحوها الشيخ الاقرار نظرا الى ان ذلك تقدير شرعي للكثير كالجزء والسهم فلا يختص بمحل
مورد السؤال اذ لو حمل في غيره على غيره لزم الاشتراك المخالف للاصل مع ان الرواية الواردة في النذر مرسلة رواها علي بن
ابراهيم عن ابيه عن بعض اصحابه ان المتوكل نذر فاجابه الجواد عليه السلام بذلك وما هذا شانه كيف يتعدى الى غيره مع ضعفه في
نفسه ومخالفته للاصل واللغة والعرف واستشهاده بالمواطن الكثيرة المقصور فيها لا يقتضي انحصار الكثير فيه فقد ورد
في القرآن فئة كثيرة وذكرا كثيرا ولم يحمل على ذلك والحق الرجوع فيه الى الوارث كالعظيم في غير موضع الاجماع لضعف المأخذ **قوله**
والوصية بما دون الثلث افضل حتى انها بالربع افضل من الثلث وبالخمس افضل من الربع الحق الناقد للموصي ان يوصي بثلث ماله
فما دونه قال الصادق عليه السلام من اوصى بالثلث فلم يترك وقد بلغ المدى ثم قال والوصية بالخمس والربع افضل من
الوصية بالثلث وقال الباقر عليه السلام كان امير المؤمنين عليه السلام يقول لان اوصي بخمس مالي احب الي من ان اوصي بالربع ولان اوصي بالربع
احب الي من ان اوصي بالثلث ومن اوصى بالثلث فلم يترك وقد بالغ ومقتضى النصوص والفتاوى عدم الفرق بين كون الوصية
بذلك لغني وفقير وغيرهما من وجوه القرب والحكمة فيه النظر الى الوارث فان صلة الرحم والصدقة عليه افضل من الاجنبي وترك
الوصية يعني الوارث بمنزلة الصدقة بالتركة عليه وفصل ابن حمزة فقال ان كانت الورثة اغنياء كانت الوصية بالثلث اولى وان
كانوا فقراء فبالخمس وان كانوا متوسطين فبالربع وهو لاحظ ما ذكرناه من مراعاة جانب الوارث وحسن مفصل العلامة
في كرة فقال لا يبعد عندي التقدير بانه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لا يستحب الوصية لان النبي علل المنع من
الوصية بقوله لان تترك ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة والاعطاء القريب المحتاج خير من اعطاء الاجنبي
فمتى لم يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كعطيتهم فيكون ذلك افضل من الوصية لغيرهم فح يختلف الحال باختلاف الورثة وكثرتهم
وقلتهم وغناهم وحاجتهم ولا يتقدر بقدر من المال **قوله** اذا عين الموصي له شيئا او ادعى ان الموصي قصد شيئا من هذه الالفاظ
وانكر الوارث كان القول قول الوارث مع يمينه ان ادعى عليه العلم والا فلا يمين اي ادعى الموصي له ان الموصي اراد تقديرا مخصوصا
من الالفاظ السابقة ونحوها مما يرجع فيه الى تفسير الوارث كما لو قال اعطوه مالا جليلا فقال الموصي له اراد به الف درهم فانكر
الوارث فالقول قوله ثم ان ادعى الموصي له علم الوارث بما ادعى ان الموصي اراده فعلى الوارث اليمين على نفي علمه بذلك لا على نفي ارادة
الموصي ذلك لانه لا يلزمه الوارث الا اذا علم بها وان كانت واقعة في نفس الامر فاذا ادعاها الموصي له لا يلتفت اليه الا
ان يدعي علم الوارث بها فيحلف على نفي العلم لا على نفي البت لانه حلف على نفي فعل الغير قاعدة مستمرة **قوله** اذا اوصى بوصية ثم
اوصى باخرى مضادة للاولى عمل بالاخيرة يتحقق التضاد باتحاد الموصى به واختلاف الموصى له بان اوصى بالعين الفلانية
لزيد ثم اوصى بها لعمرو او اوصى بمائة درهم مطلقا لزيد ثم اوصى لعمرو بها ونحو ذلك ومثله ما يأتي في الجزء المشاعة كما لو
اوصى لزيد بخمس ماله ثم اوصى لعمرو بخمس ماله وهكذا وقد يقع الاشتباه في بعض الوصايا المتعددة هل هي متضادة ام لا كما لو

لزيد بثلث ماله ثم اوصى لعمرو بثلث ماله وقد تقدم **قوله** ولو اوصى بحمل فجاءت به لاقل من ستة اشهر صحت الوصية به ولو
كان لعشرة اشهر من حين الوصية لم يصح وان جاء لمدة بين الستة والعشرة وكانت خالية من زوج ومولى حكم به للموصى له ولو
كان لها زوج او مولى لم يحكم به لاحتمال تجدد الحمل في حال الوصية وتجدده بعدها اعلم انه ليس من شرط الموصى به كونه موجودا
بالفعل وقت الوصية بل لو اوصى بما يحمله الامة او الدابة او الشجرة في هذه السنة او في المستقبل مطلقا صح كما سيأتي ولكن لو
اشار الى معين بان اوصى بحملها الموجود او بالحمل الموجود لامته او حملها مطلقا حيث تدل القرينة على ارادة الموجود او مطلقا نظرا الى
دلالة القرينة عليه كما قيل اشترط كونه موجودا حال الوصية ولو بمقتضى الشرع فان كان الحمل لامة وولدته لاقل من ستة
اشهر من حين الوصية علم انه كان موجودا او انما اعتبر كونه لاقل من ستة اشهر لان حال الوصية لا يمكن حدوثه فلا بد
من فرض تقدمه في وقت يمكن فيه وطي الامة بحيث يكون فيه تحقق الولد وذلك قد يكون في مدة قريبة من الوصية وبعيدة
بحسب ما يتفق وقوعه ويكون ولادتها لاقل وقت يقطع بوجوده حال الوصية ويتحقق بولادته لاقل الحمل من حين الوطي المتقدم
على الوصية ولو علم عدم وجوده قطعا بان ولدته لاكثر من اقصى مدة الحمل من حين الوصية تبين بطلانها وقد فرض المصنف
لاقصى عشرة اشهر بناء على ما يختاره فيه وانما اعتبر في الاقصى حال الوصية لانه اذا كانت المدة من حين الوصية قد مضت
كذلك فبطريق اولى ان يكون قد مضت من حين الوطي المتولد عنه الحمل قبل الوصية ولو ولدته فيما بين اقصى مدة الحمل
واقله امكن وجوده حال الوصية وعدمها فينظر ان كانت الامة فراشا بحيث يمكن تجدده بعد الوصية لم يحكم بصحتها لاصالة
عدم تقدمه حالها وان كانت خالية من الفراش فان فارقها الواطئ المباح وطؤها من حين الوصية حكم بوجوده عملا
باصالة عدم وطي غيره وما نقل من ان الغالب في الولادة لتسعة اشهر تقريبا فلو لم نقبلها نظرا لكونه موجودا اذا
كان لها فراشا وان الحال لا يمكن وطؤها لحلال الا بالشبهة ومحرما لو كانت كافرة اذ ليس فيها محذور لعدم الضمانة بخلاف
المسلمة فيندفع بان الحكم السابق مترتب على الاصل المتقدم والظاهر عند التعارض لا اعتبار به وبالجملة فالمسألة موضع
تعارض الاصل والظاهر فلو رجح الظاهر عليه في بعض موارده كما يتفق في نظائره لم يكن بعيدا ان لم ينعقد الاجماع على خلافه
وكيف كان فلا فرق في ما عليه الحال واعلم ان اعتبار الفراش وخلوها من زوج ونحوه لان المفروض كون الحمل مملوكا ويمكن فرضه
مع الزوج الرقيق المشروط عليه الولد لمولاه او على الولد على تقدير او كان مولاه هو الموصي ومع ذلك على القول بجواز اشتراط رق الولد
اما فرضه خلوها من مولى غير كما او لكان تركه عبثا لان المولى الحر يتبعه الولد ويمكن على بعد فرضه في مولى معتق على القول بانه
يملك اذا ملك الامة فان ولده مملوك كابويه وان كان الاب مولى الامة فالحكم مخصوص بحال الامة كما يظهر من تمثيله واعتبار
خلوها من زوج ومولى وان كان اللفظ مطلقا ولو كان الحمل لغير الامة من البهائم فح انتفاء اشتراط وجوده حال الوصية
لحمل الامة الا ان العلم به لا يتقيد بولادته قبل ستة اشهر ولا انتفاء وجوده حالها يعلم بتجاوز العشرة لاختلاف الحيوانات
في ذلك اختلافا كثيرا والمرجع فيها الى العادة الغالبة لعدم ضبط الشارع حملها كالادمي وتختلف العادة باختلاف انواع
الحيوان فان للغنم مقدارا معلوما عادة وللبقر مقدارا زائدا عليه وكذا الخيل وغيرها من الحيوان فيرجع فيها الى العادة لانها المحكمة
عند انتفاء الشرع وحيث يقع الشك في الوجود حالة الوصية لا يحكم بصحتها ويشكل مع هذا احمل الادمي على اليقين دون
الحيوان على الغالب لاشتراكهما في المقتضي على التقديرين **قوله** ولو قال ان كان ما في بطن هذه ذكر فله درهمان وان كان انثى
فله درهم فان خرج ذكر وانثى كان لهما ثلاثة دراهم اما لو قال ان كان الذي في بطنها ذكرا فكذا وان كان انثى فكذا فخرج ذكر وانثى

لم يكن لهما شيء الفرق بين الصيغتين ان الاول اعتبر وجود الذكر في البطن ووجود الانثى فيه من غير ان يحصر ما في البطن في احدهما
فاذا وجدا معا في البطن صدق ان في بطنها ذكرا فيستحق ما اوصى له وان كان في بطنها انثى فيستحق ما اوصى لها به لتحقق الشرط
زيادة الاخرى لا تضر لان الظرفية في الاول لا تنافي الظرفية لغيره بخلاف الثانية فانه شرط صفة الذكورة والانوثة في جملة الحمل
كون جميع ما في بطنها هو الذكر او الانثى فاذا وجدا معا فيه لم يصدق ان الذي في بطنها ذكر ولا انثى بل هما معا والمجموع غير كل واحد
منهما فلا يستحقان شيئا في حكم العبارة الثانية ولو كان ما في بطنها او ان كان حملها ونحو ذلك **قوله** ولو ولدت خنثى
دفع اليه الاقل لانه المتيقن بناء على الحاق طبيعة الانثى مع احتمال عدم استحقاق شيء لانه ليس احد الامرين ولو ولدت في الصورة
الاولى ذكرين او انثيين او هما معا فوض تخيير الوارث في اعطاء نصيب الذكر لايهما شاء ونصيب الانثى لايتهما شاء او اشتراك
الذكرين في الدرهمين والانثيين في الدرهم او الايقاف حتى يصطلحان اوجه اجودها الاول لان المستحق للوصية هو ذكر في بطنها
او انثى في بطنها وهو صادق عليهما فيكون تعيينه الى الوارث كما في كل لفظ متواطئ ولا يتوجه هنا احتمال استحقاق كل واحد
من الذكرين ما عين له وكل واحدة من الانثيين كذلك لان الموصى له معرف نكرة فلا يتناول ما زاد على واحد بل كان بالنسبة
اليهما متواطئا كما لو اوصى لاحد الشخصين او لفقير ونحو ذلك **قوله** ويصح الوصية بالحمل وبما تحمله المملوكة والشجرة كما يصح
الوصية بسكنى الدار مدة مستقبلة المراد بصحة الوصية بالحمل الموجود في بطن امه وبالمتجدد وقد تقدم حكم الموجود و
اما المتجدد فيترتب عليه قسمه والمراد بالمملوكة هنا ما يعم الامة وغيرها من البهائم وان كان اطلاقها على الامة اغلب ولو
فرض ارادة الامة فهو تمثيل ولا فرق في جواز الوصية بالمتجدد من ذلك بين المضبوط بمدة كالمتجددة في هذه السنة او في
سنين او سنة فكما يتعدد وبين المطلق العام المتناول لجميع ما يتجدد منهما دائما متحققة ولا في المضبوط بالموت والمتأخر
كالسنة الفلانية من المتجدد والمراد بالعام المتناول لجميع المتجدد ما استفيد من لفظ يدل عليه كقوله كل حمل يتجدد او
كل ثمرة يتجدد دائما ونحو ذلك ولو كانت الوصية باللفظ الذي ذكره المصنف كقوله اوصيت بما تحمله فهل يحمل على العموم ام
يحمل على حمل واحد وثمرة واحدة يبنى على ان ما الموصولة هل يفيد العموم ام لا وفيه خلاف بين الاصوليين ويبنى على الثاني
فالواحد معلوم والاصل فيما عدم التبرع به ويبقى فيه بحث آخر وهو ان الحمل المتجدد يدخل في هذه العبارة قطعا لانها
بصيغة المضارع وهل يدخل الموجود حال الوصية يبنى على ان المضارع هل هو مشترك بين الحال والاستقبال ام مختص
باحدهما حقيقة وهو في الاخر مجاز فيه خلاف بين الاصوليين والنحويين وعليه يتفرع الحكم والاقوى عدم دخول الموجود
للشك في تناوله للحال ورجحان الاشتراك الموجب لعدم حمله على المعنيين على المختار عند الاصوليين وبالجملة فالمسألة
مشكلة المأخذ **قوله** ولو اوصى بخدمة عبد او ثمرة بستان او سكنى دار او غير ذلك من المنافع على التأبيد او مدة
معينة قومت المنفعة فان خرجت من الثلث والا كان للموصى له ما يحتمله الثلث الغرض من ذلك بيان كيفية احتساب
المنفعة من الثلث فان لم تكن المنفعة الموصى بها مؤبدة فامرها سهل لان العين يبقى لها قيمة معتبرة بعد اخراج تلك
المنفعة فاذا اوصى بمنفعة العبد مثلا عشر سنين قوم العبد بجميع منافعه فاذا قيل قيمته مائة دينار وقومت ثانيا
مسلوب المنفعة تلك المدة فاذا قوم كذلك بخمسين فالتفاوت خمسون يخرج من الثلث بمعنى انه يعتبر ان يكون بيد الوارث
مائة منها رقبة العبد وقيمتها في المثال خمسون وربما استشكل اخراج هذه المنافع من الثلث من حيث انها متجددة
بعد الموت والمتجدد بعد الموت من زوائد التركة لا يحسب ولا يقع موروثا بل يملكها الوارث فكيف يحسب على الموصى له من الثلث

المنفعة لكونها من التركة واجيب بان المحسوب من الثلث ليس هو المنافع المتجددة وانما هو التفاوت بين القيمتين للعين مشغولة المنفعة
ومسلوبة المنافع او بجميع قيمة العين كما سيأتي وذلك مملوك للموصي ومعدود من تركته قطعا اذ لا شبهة في كون المنافع
قيمة العين يختلف قيمتها باختلافها زيادة ونقصانا فان ذلك هو المحسوب وان كنا لا نقضي الدين من المنافع المتجددة بعد الموت
ولا يحتسب مما من جملة التركة وان كانت المنفعة مؤبدة ففي تقويمها اوجه احدها تقويم العين بمنافعها وخروج مجموع القيمة
من الثلث لخروجها مسلوبة جميع منافعها عن التقويم فقد فات على الورثة جميع القيمة فكان العين هي الفائتة وكان المنفعة
المؤبدة لا يمكن تقويمها لان مدة عمره غير معلومة واذا تعذر تقويم المنافع تعين تقويم الرقبة وقيمتها المعتبر ما يتعلق بها
بمنافعها وقيمتها مسلوبة المنافع وعلى هذا يحسب قيمة الرقبة من التركة لان الرقبة باقية للوارث يعتد على الانتفاع بها
بالعتق لو كان مملوكا وهو غرض كثير متقوم بالمال وبيعها من الموصى له او مطلقا وهبتها والوصية بها على وجه لا يحتسب بها على
الموصى له ويمكن الانتفاع من البستان بما ينكسر من جذوعه وييبس من الدابة بالاستنفاع الخراب ولم يعتبرها للموصى له فح يقوم
العبد مثلا بمنفعته فاذا قيل مائة ويقوم مسلوب المنفعة صالحا للعتق وما ذكرناه فاذا قيل عشرة علم ان قيمة المنفعة
تسعون فيعتبر ان يبقى مع الورثة ضعفها ومن جملة الرقبة بعشرة وهذا هو الاصح وثالثها ان يحسب قيمة المنفعة من الثلث
ولا يحسب قيمة الرقبة على احد من الوارث ولا الموصى له اما الموصى له فلانها ليست له واما الوارث فللحيلولة بينه وبين ماله
قيمتها بسلب منافعها فكانت تالفة وهذا يتم مع فرض عدم القيمة للرقبة منفردة كبعض البهائم والا فيتعلل الوسط ظاهر اذا
عرفت ذلك فيتفرع على هذه الاوجه مسائل كثيرة منها ما لو اوصى لرجل برقبة ولاخر بمنفعة فان قلنا المعتبر من الثلث تمام
القيمة نظر فيما سواه من التركة واعطي كل واحد حقه كاملا او غير كامل وان قلنا المعتبر التفاوت فان حسبنا الرقبة على
الوارث اذ القيمة لم تحسب هنا كان القيمة عليهما والا لم يحتسب ايضا على الموصى له بها ويصح وصيته من غير اعتبار الثلث
ومنها ما لو اوصى برقبة لرجل وابقى المنفعة للورثة فان اعتبرنا في الثلث كمال القيمة لم يعتبر هذه الوصية من الثلث وجعلناها كالوصية عن المنفعة كما لنا
المالية عن المنفعة كما لنا لفة وان علنا المعتبر التفاوت فان حسبنا القيمة على الوارث حسبنا هنا قيمة الرقبة على اهل
الوصايا فيحسب من الثلث والا فههنا يحسب التفاوت على الوارث ولا يحسب قيمة الرقبة على اهل الوصايا **قوله** واذا اوصى
بخدمة عبد مدة معينة فنفقته على الوارث لانها تابعة للملك لا اشكال في وجوب النفقة على الوارث لو كان المنفعة
مؤقتة لبقاء الرقبة على ملك الوارث والنفقة تابعة للملك ولم يخرج الرقبة عن ملكه لكونها مستفادة منها وانما الكلام
في نفقة المؤبد منفعته للموصى له والمصنف لم يتعرض لحكمه وفي محل وجوب نفقته اوجه احدها وهو الاصح انها على الوارث كالاول
لما ذكرنا من كونه المالك للرقبة وهو مناط النفقة والثاني انها على الموصى له لكونه مالكا للمنفعة مؤبدا فكان كالزوج ولان نفعه
له فكان ضرره عليه كالمالك لهما جميعا ولان اثبات المنفعة للموصى له والنفقة على الوارث اضرار به منزع والثالث انها في بيت
المال لان الوارث لا نفع له والموصى له غير مالك وبيت المال معد للمصالح وهذا منها ويضعف الثاني بان ملك المنفعة
لا تستتبع النفقة شرعا كالمستأجر والقياس على الزوج باطل مع وجود الفارق فان الزوجة غير مملوكة والنفقة في مقابلة
التمكين والاستمتاع لا في مقابلة المنافع وثبوت الضرر بإيجابها على الوارث ثم لانتفاعه مع الملك او انتفائها مع عدمه وانما
النفقة من بيت المال مشروط بعدم المالك المتمكن وهو هنا موجود واعلم انه لا فرق بين العبد وغيره من الحيوانات المملوكة
واما عمارة الدار الموصى بمنافعها وسقي البستان وعمارته من حرث وغيره اذا اوصى بثماره فان تراضيا عليه او تطوع احدهما

فذلك وليس للاخر منعه وان تشاحا عالم يجز احدهما بخلاف نفقة الحيوان بحرمة الروح ويحتمل طرف الكلام به العادة وساير
المؤن بناء على وجوب ذلك على المالك حفظا للرق وانفع ثم لو كانت المنفعة موقتة اتجه وجوبها على المالك لحياة
عليها حفظ المال عن الضياع لان منفعته مترقبة ان وجبنا اصلاح المال **قوله** وللموصى له التصرف في المنفعة وللورثة
التصرف في الرقبة ببيع وعتق وغيره ولا يبطل حق الموصى له بذلك لا خلاف في تصرفهم في الرقبة في الجملة فظ لانها ملكهم فيجوز
التصرف فيها بالعتق مطلقا اذ لا مانع منه وحينئذ لا يبطل حق الموصى له من المنافع كما كانت قبل العتق لان حق الوارث
هو الرقبة فلا يبطل اسقاط حق الموصى له من المنافع وليس للعتيق الرجوع على الوارث بشيء لان تفويت المنافع عليه ليس
من قبله واما بيعه فان كانت المنفعة موقتة بوقت معلوم فجوازه واضح لعدم المانع كما يجوز بيع العبد المستاجر وان كانت
مؤبدة ففي جوازه مطلقا او على الموصى له خاصة او المنع مطلقا اوجه اجودها الجواز حيث يبقى له منفعة كالمملوك لا صلة
منفعة وتحصيل الثواب من اعظم المنافع ولانه يتوقع استحقاق الارش بالجناية عليها والحصة منه وقد تقدم في بيع
المقر بالحقوق موضع النزاع ومرجع الجواز ولو لم يبق له منفعة كبعض البهائم فالمنع اجود لانتفاء المالية عنه بسبب المنافع
كالحشرات نعم لو اوصى بنتاج الماشية مؤبدا فيجوز بيعها لبقاء بعض المنافع والفوائد كالصوف واللبن والظهر والجلد
الكلام فيما استغرقت الوصية قيمته **قوله** ولو اوصى له بقوس انصرف الى قوس النشاب والنبل والحسبان الا مع قرينة
تدل على غيرها في اسم القوس يطلق على العربية وهي التي ترمى بها النبل وهي السهام العربية وعلى الفارسية وهي التي ترمى
بها سهام النشاب وعلى القسي التي لها مجرى ينفذ فيها السهام الصغار وتسمى الحسبان وعلى الجلاهق وهي ما يرمى به البندق
وعلى قوس الندف والسابق الى الفهم من لفظ القوس احد الانواع الثلثة فاذا قال اعطوه قوسا حمل على احدها دون الجلاهق
وقوس الندف هكذا اطلقه المص والاكثر وقال ابن ادريس بتخير الورثة في اعطاء ما شاؤا من الجنس لان اسم القوس يقع
على كل واحد منها ولا دليل للتخصيص في كل واحد من القولين نظر لان الذاهب الى التخيير بين الثلثة معترف بان الاطلاق يحمل
على الخمسة ولكنه يدعي غلبته في الثلثة عرفا وذلك يقتضي اتباع العرف في ذلك وهو يختلف باختلاف الاوقات والازمان
ولا ريب ان المتبادر في زماننا هو القوس العربية خاصة وقوس الحسبان لا يكاد يعرفه اكثر الناس ولا ينصرف اليه فهم احد
من اهل العرف فالقول بالاولين بعيد ونظر ابن ادريس الى الاطلاق اللغوي جيد لكن العرف مقدم عليه والاقوى انه ان
وجدت قرينة تخصيص احدها حمل عليه مثل ان يقول اعطوه قوسا يندف به او يتعيش به وشبهه فينصرف الى قوس الندف
او يغزو بها فيخرج قوس الندف والبندق اذا لم يكن معتادا في الغرض فان انتفت القرائن اتبع عرف بلد الموصي فان تعدد
تخير الوارث ولو قال اعطوه ما يسمى قوسا فهو مخير بين الخمسة اوبقاء الاشكال كالاول وجهان اجودهما الاول ان تفرد
ذلك فالوجه اعطاء ما يطلق عليه الاسم وحاجة تحقق بدون الوتر على الظ وقيل لا لان المقصود منه لا يتم الا به فهي كالفص
بالنسبة الى الخاتم والعلاقة بالنسبة الى السيف بل اولى لانه بدونه بمنزلة العصا والجود الرجوع الى العرف والقرينة وبدونهما
لا يدخل **قوله** وكل لفظ وقع على اشياء وقوعا متساويا فللورثة الخيار في تعيين ما شاؤا منها هذه كالتتمة لما سبق مع
افادة قاعدة كلية فان لفظ القوس يطلق على اشياء متعددة على القولين فيتخير الورثة في اعطاء ما شاؤا لما انصرف اليه اللفظ
من الثلثة والخمسة وغيرها فهذا اللفظ وان كان يعطي القاعدة في غير هذه المسئلة الا انه بتوسيطه بين احكام القوس
الى تخصيصه بمسئلته وان كان حكمه على الاطلاق صحيحا ايضا والكلية متناولة للفظ المشترك لانه هو اللفظ الواحد الواقع على اشياء

اللفظ
متعددة وفي حكمه المتواطي فان الوارث يتخير في افراده الداخلة تحت معناه ويمكن ادخاله في العبارة بجعل الاشياء التي علمها
اعم من كونها داخلة تحته بغير واسطة وهو المشترك او بواسطة المعنى الواحد وهو المتواطي وهذا اعم فائدة وفي عبارة التذكرة تصريح
بارادته على ما فيه من التكلف والحاصل ان الموصي بلفظ يقع على اشياء وقوعا متساويا اما لكونه متواطيا بان يكون للوصية
بلفظ له معنى وذلك المعنى يقع على اشياء متعددة كالعبد او لكونه مشتركا بين معان متعددة كالقوس فان للورثة الخيار
في تعيين ما شاؤا اما في المتواطي فلان الوصية حينئذ بالماهية الكلية وخصوصيات الافراد غير مقصودة له الا انتفاء فيتخير
الوارث في تعيين اي فرد شاء لوجود متعلق الوصية في جميع الافراد واما المشترك فلان متعلق الوصية هو الاسم وهو صادق على
المعاني المتعددة حقيقة فيتخير الوارث ايضا وهذا بخلاف ما قيل في المشترك بالقرعة وهو حسن **قوله** اما لو قال اعطوه قوسا ولا
قوس له الا واحدة انصرفت الوصية اليها لتعيينها سواء كانت من الاجناس ام لا هذا من تتمة حكم الوصية بالقوس وحاصله ان التخيير في الثلثة
او الخمسة انما هو مع اطلاق اعطاء القوس من غير ان يضيفه الى نفسه فانه في نفسه مشترك متعدد اما لو قال اعطوه قوسا من قسيي
ليس له الا احدها انصرفت الوصية اليه اي نوع كان لتقييده بالاضافة ولو نص مع ذلك على قوس خاصة كان له قوس من قسيه
فكالسابق في التخيير لكن تنبيهنا ان الحكم مختص بالوكان له من اي نوع كان فلو كان له من نوعين خاصة او ثلثة كان
كان احدهما خاصة من الغالب حمل عليه وان اشترك في الغلبة تخير الوارث وان تعدد الغالب مع وجود غيره كالوكان له قوس
ندف وقوس نبل وقوس حسبان تخير في الاخيرين خاصة ولو لم يكن له الا قوس ندف وجلاهق خاصة ففي التخيير بينهما او
الانصراف الى الجلاهق لانه اغلب وجهان وعلى ما اخترناه من مراعاة العرف يرجع اليه هنا واعلم ان القوس لو لم يكن له الا قوس
ندف وجلاهق خاصة ففي التخيير بينهما او الانصراف الى الجلاهق لانه اغلب وجهان وعلى ما اخترناه من مراعاة العرف يرجع اليه
هنا واعلم ان القوس مما يجوز تذكيره وتانيثه لغة سماعا ذكره جماعة من اهل اللغة فلذلك انثه المصنف وذكره غيره **قوله**
ولو اوصى براس من مماليكه كان الخيار في التعيين الى الورثة ويجوز ان يعطوا الصغير او الكبير صحيحا او معيبا في المملوك من
الالفاظ المتواطئة بالنظر الى ما تحت معناه من الافراد فيشمل الذكر والانثى والخنثى والصغير والكبير والصحيح والمعيب والمسلم
الكافر فيتخير الوارث في اعطاء ايها شاء لوقوع اسمه على كل واحد منها او نما اجتزأ هنا بالمعيب مع اطلاق الموصي ولم يحمل عليه
التوكيل في البيع ونحوه لان عقود المعاوضات مبنية على المكايسة وبطلت فيها حفظ المالية بخلاف الوصية فانها تبرع
محض فيتبع اللفظ وان كانت بعض المالية فانما يتخير الوارث مع وجود المتعدد في التركة والا تعين الموجود ولو لم يوجد الموجد
بطلت وهل العبرة بالوجود عند الوصية او الموت وجهان اجودهما الثاني لانه وقت الحكم بالانتقال وعدمه كما اعتبر المال وجرى
الاول اضافة المماليك اليه المقتضية لوجود المضاف **قوله** وهلكت مماليكه بعد موته الا واحدا تعين للعطية ولو
ماتوا بطلت الوصية فان قتلوا لم يبطل وكان للورثة ان يعينوا لمن شاؤا او يدفعوا قيمته لما رتبه عليهم والاخفى ها
الجاني في المراد بهلاكهم موتهم لانه يعم قتلهم وان كان اللفظ اعم اذ لو قتلوا الا واحدا لم يتعين للوصية لان المقتول بمنزلة الموجود
ومن ثم لم يبطل الوصية بقتل الجميع فيتخير الوارث في تعيين من شاء من الحي والمقتول ووجه البطلان مع موت الجميع فوات متعلق
الوصية بموتهم بخلاف القتل لبقاء المالية بثبوت القيمة على القاتل وهي بدل العين فلو كانت للموصي له والتقييد بهلاكهم
بعد الوفاة لا دراج باقي الاقسام فيه لغرابة كالاول فانه في حال حياته ممتنع خلافا في بطلان الوصية وعدمها من حيث
فوات متعلق الوصية ومن بقاء البدل وهو القيمة وان كان الاصح عدم البطلان ولما كان الهلاك بالموت فلا فرق بين وقوعه قبل الوفاة وبعدها

وبعد موته في البطلان استوعب المص ما بقي واحد تقييده بعدية الوفاة لا وجه له واعلم ان الحكم بعدم البطلان لو قتلوا بعد الوفاة
وانه على تقدير سبق القبول القتل او على القول بكون القبول كاشفا من سبق الملك بالموت او بالمراعاة لما على القول بانه لا يملك
الا بالقبول فقيل انها تبطل كالموت لعدم دخول الوصية قبل ملكه كذا اصله في التذكرة وهذا انما يتم على القول بانه لو قتلوا حال الحياة
بطلت ايضا اما لو قلنا بعدم البطلان ثم فعدم ما لو قتلوا بعد الوفاة على جميع التقادير بطريق اولى لتعلق حقه بهم في الجملة
وان لم يتم بخلاف حال الحياة لعدم تصور ملك الموصى له **قوله** وتثبت الوصية بشاهدين مسلمين عدلين ومع الضرورة
وعدم عدول المسلمين تقبل شهادة اهل الذمة خاصة لا شبهة في ثبوتها بشهادة شاهدين مسلمين عدلين لان ذلك مما
يثبت به جميع الحقوق عدا ما استثني مما يتوقف على الاربعة وحكم الوصية اخف من غيرها ومن ثم قبل فيها شهادة المراة الواحدة في
بعض الوجوه وشهادة اهل الذمة كذلك ولا فرق في قبولها بين كونها بمال او ولاية ومع عدم وجود عدول المسلمين يقبل
عدول اهل الذمة بالمال للاية والرواية ودعوى نسخها لم يثبت والاية تضمنت اشتراط قبولها بالسفر وتحليفهما بعد الصلوة
قائلين لا نشتري به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله انا اذا لمن الاثمين ومراد الله ان ارتاب ولي الميت في شهادتهما فان
اعثر على انهما شهدا بالباطل فليس له نقض شهادتهما حتى يجيء شاهدان فيقومان مقام الشاهدين الاولين فيقسمان بالله
لشهادتنا احق من شهادتهما وما اعتدينا انا اذا لمن الظالمين واكثر الاصحاب ومنهم المص لم يعتبروا السفر وجعلوه خارجا مخرج الغالب
ولا الحلف وعبر العلامة بعد العصر بصورة الاية وهو حسن لعدم ظهور المستند ويمكن استنادهم في عدم اشتراط السفر الى رواية
هشام بن الحكم عن ابي عبد الله عليه السلام في قوله تعالى او اخران من غيركم قال اذا كان الرجل في بلد ليس فيها مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم
على الوصية فانها ليست ولم يتابع الاطلاق في الحضر والسفر ولو وجد مسلمان فاسقان فالذميان العدلان اولى لظاهر الاية اما المسلمان المجهولان
فيبنى على اعتبار ظهور العدالة كما هو المشهور والحكم بها ما لم يظهر خلافها كما ذهب اليه جماعة من الاصحاب فعلى الثاني لا ريب في تقديم
المستورين من المسلمين لانهما عدلان وعلى الاول ففي تقديمهما على عدول اهل الذمة وجهان ولعل تقديم المسلمين اقوى تقديم المسلمين
اذا كان فسقهما بغير الكذب والخيانة وفيه نظر **قوله** ويقبل في الشهادة بالمال شهادة رجلين ويمين او شاهد وامراتين
الحكم فيهما موضع وفاق لان الضابط الكلي ثبوت المال مطلقا بذلك والوصية بالمال من افراده وقد قال الله تعالى فرجل
وامراتان ممن ترضون من الشهداء على الاكتفاء برجل وامراتين ولا خلاف عندنا بالاكتفاء بالشاهد مع اليمين وهو ثابت
في السنة عن النبي صلى الله عليه وآله وسيأتي ان شاء الله تعالى **قوله** ويقبل شهادة الواحدة في ربع ما شهدت به وشهادة اثنتين في النصف
وثلثة في ثلثة الارباع وشهادة الاربع في الجميع هذا ايضا موضع وفاق بين الاصحاب ورووه عن الصادق عليه السلام وامير
المؤمنين عليه السلام ولا يحتاج في ذلك مع عدالة النساء كما هو المعتبر في كل شهادة ولا يتوقف ثبوت ما ذكر بشهادتين على اليمين
لا طلاق النص ولو اعتبرناه لم تظهر الفائدة من وقت الحاجة ولا يعد في نفيه بعد ثبوته بالبعض وان كان ما لم يحكم غيره من الحقوق
فانها مختلفة في الشهادة اصلا فلكنه اوضح في كونه مستندا للحكم في جميع الاقسام على اليمين كما في شهادة الواحد وشهر
اليمين مع شهادة الواحد يوجب ثبوت الحكم في الجميع فلا يلزم مثله في البعض ولو فرض انضمام اليمين الى الاثنين او الثلث لم يجمع
لقيامهما مقام الرجل لما اوضحنا فلا يثبت بها سوى الربع مطلقا ولو شهد رجل واحد ففي ثبوت النصف بشهادته من غير يمين نظر الى
شهادته مقام اثنين او الربع خاصة لانه المتيقن من حيث انه لا يقصر عن المراة او سقوط شهادته اصلا وقوفا فيما خالف الاصل على
مورده اوجه اوسطها الوسط والخنثى كالمراة على الاقوى مع احتمال سقوطها هنا لما ذكر في الرجل الواحد واعلم ان المراة الواحدة

حيلة
ارثان ما لحال فانصفت المال الحقوق وبعد تقدير الموصى به ليثبت الجميع حتى لو اعادت استباحة الموصي له مع علمها بالوصية او
يمكن بها في الزيادة لا بد منه ولكن لا يجوز لها التسبب لذلك للكذب ولا يترتب في قبول شهادة المراة هنا تعدد المال الحال
بالعموم خلافا لابن ادريس وتبعه ابن الجنيد **قوله** ولا يثبت الوصية بالولاية الا بشاهدين ولا تقبل شهادة النساء في ذلك
وهل يقبل شهادة شاهد مع اليمين فيه تردد والاظهر المنع لا خلاف في عدم قبول شهادة النساء منفردات في الولاية لانها ليست
وصية بمال بل هي تسلط على تصرف فيه ولا ما يجري على الرجال غالبا وذلك ضابط محل قبول شهادتهن منفردات لما ثبوتها
بشهادة الواحد مع اليمين فقد تردد المص ثم استظهر المنع وهو واضح لان ضابط ما كان من حقوق الادميين مالا او المقصود منه
المال وولاية الوصاية ليست احدهما ووجه تردده ما ذكرناه ومن انها قد يتضمن المال كما لو اراد اخذ الاجرة او الاكل بالمعروف
بشرطه وما فيه من الارفاق والتيسير فيكون مراده الولاية والرواية ولا يخفى ما فيه وقد قطع الاصحاب بالمنع من غير نقل خلاف في
المسئلة ولما تردد وافقهم المص في مختصر الكتاب على القطع وابدل هنا التردد بالتردد في ثبوت الوصية بالمال بشاهد
ويمين وكلاهما كالمستغني عنه للاتفاق على الحكم والقاعدة المفيدة للحكم فيهما **قوله** ولو شهد اثنان عبدين لمولاهما على
امتزاجه منه ثم مات فاعتقا وشهدا بذلك قبلت شهادتهما ولا يثبت بها الولد وقيل يكره وهو اشبه في الاصل في هذه
المسئلة ما رواه الحلبي في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل مات وترك جارية ومملوكين فورثهما اخ له فاعتق العبدين
وولدت الجارية غلاما فشهدا بعد العتق ان مولاهما كان اشهدهما انه كان يقع على الجارية وان الحمل منه قال تجوز شهادتهما
ويردان عبدين كما كانا وهذه الرواية مبنية اما على قبول شهادة المملوك مطلقا او على مولاه لانما شهادتهما على المولى فالحكم
بهما صارا رقا له لتبين ان معتقهما لم يكن له وارثا او على ان المعتبر حريتهما حال الشهادة وان ظهر خلافها بعد ذلك او على
ان الشهادة للمولى لا عليه فيقبل كما هو احد الاقوال في المسئلة وفيه ان الحكم بكون الولد مولى متوقف على شهادتهما فلو توقف
شهادتهما على كونه مولى لكونها شهادة له دار والشيخ ره خص الحكم بالوصية فاما مرها اخف من غيرها من الحقوق كما قبلت
فيها شهادة اهل الكتاب وكيف كان فلا سبيل الى رد الرواية الصحيحة مقتربة بعمل الاصحاب اذ انتفى ذلك وحكم ببنوة الولد
عادا رقا للبنين وقوع العتق من غير المالك ويكره له استرقاقهما لانهما كانا سببا في حريته بعد الرقية فلا يكون سببا في رقهما
بعد الحرية وقيل لا يجوز له استرقاقهما لرواية داود بن فرقد عن ابي عبد الله عليه السلام والاصح الكراهة ومعنى كراهة استرقاقهما استحقاق
فيهما لانبنائه على العتق الاول والذي اشتملت عليه رواية داود ان مولاهما اعتقهما واشهدهما على ان الحمل منه فشهدا بالامر
معا بعد عتقهما فقال تجوز شهادتهما ولا يسترقهما الغلام الذي شهدا له لانهما اثبتا نسبه ويمكن هذه الرواية عرض العلامة
المسئلة في القواعد وعليه لا يفتقر الى تجديد العتق لانهما بزعمهما معتقان وان كان العتق اولى لعدم ثبوته بشهادتهما لما
الموضع ما الرواية الحلبي فلا تعرض فيه للحرية استرقاقهما ولا للكراهية الا ان تعليل المص الرواية الاخرى يقتضيه فان اثبات
نسبه بها متحقق على التقديرين وطريق الجمع بين الروايتين حمل هذه على الكراهة والاشهاد فيها لعتق المولى لهما شهادة
لا نفسهما على المولى فلا تسمع **قوله** ولا تقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه ولا فيما هو وصي فيه ولا فيما يجر به نفعا او يستفيد
منه ولاية الضابط ان شهادة من كان له نفسه فيها حظ لم يقبل ويتحقق ذلك بامور منها ان يشهد فيما هو وصي فيه بان يجعله
على مال معين فنازع فيه منازع فشهد به للموصي ومنها ان يجر به نفعا بان يجعله وصيا في تفرقة ثلثه فشهد بمال للمورث فانه
يجر به نفعا باتساع زيادة الثلث ومنها ان يجعله وصيا على ولده الصغير فشهد للولد بمال فانه يستفيد به ولاية على المال

ولو انتفت التهمة فيك كالوصي وصيا على اطفال الاطفال فشهد لهم بدين او شئ الصدقة بالمعين او بعله ملك معين
فشهد المورث بحق اخر للمورث ونحو ذلك والمنع من قبول شهادة الوصي كذلك هو المشهور بين الاصحاب لا نعلم فيه مخالفا
الا ابن الجنيد فانه قال شهادة الوصي جائزة لليتيم في حجره وان كان هو الخاصم للطفل ولم يكن بينه وبين المشهود عليه
ما يرد شهادته عليه ومال اليه المقداد في شرحه ولا باس بهذا القول لبعد هذه التهمة من العدل حيث انه ليس بمالك وقد لا
يكون له اجرة على عمله في كثير من الموارد الا ان العمل بالمشهور متعين واعلم انه يجوز قراءة توجيها لعود الضمير المستكن في قال
الشهادة [illegible] بعوده الى الوصي وان المانع من قبول شهادة التهمة بجر النفع كما ذكر [illegible] منع الوصاة ولم يثبت وصاية
لعدم البينة لم يصح ذلك في شهادته وان كان وصيا [illegible] لعدم التهمة لانتفائها ولانه ظاهر قوله ولو كان
[illegible] اخراج مال معين فشهد للميت بما يخرج منه ذلك المال من الثلث لم يقبل هذا [illegible] المسئلة السابقة فانه يجر بشهادته
نفعا لنفسه باخراجه جميع ذلك المال بشهادته من الثلث بعد ان كان بعضه [illegible] الوصي اليه اخراج [illegible]
ظاهر الفان فشهد الوصي للميت [illegible] فان قبول هذه الشهادة يستلزم اخراج الالف المحجور [illegible] من
الثلث [illegible] الوصية فلا يقبل ولا اشتراط في المنع خروج ما ادعى به الوصي من الثلث بل متى كان الثلث قاصرا عن الوصية
ولم يجز الوارث فشهادة الوصي بالمال للميت مردودة وان قل لان زيادة المال يوجب زيادة النافذ من الموصى به وان لم ينفذ
جميعه واعلم انه لو عطف هذه المسئلة على ما قبلها بالفاء لكان اجود قوله اذا اوصى بعتق عبيده وليس له سواهم اعتق ثلثهم
بالقرعة ولو رتبهم اعتق الاول فالاول حتى يستوفي الثلث وبطلت الوصية فيمن بقي المراد بعتق ثلثهم بالقرعة تعديلهم اثلاثا
بالقيمة ثم ايقاع القرعة بينهم ويعتق الثلث الذي اخرجته القرعة ولو توقف التعديل على ادخال جزء من احدهم فعل فان خرج الثلث
الذي فيه الجزء عتق من العبد بحسابه وسعى في باقي قيمته [illegible] ما لم يحكم بعتق ثلث كل واحد مع ان كل واحد منهم
الموصى له [illegible] فيما سلف بان الوصايا اذا [illegible] دفعة قسط عليها الثلث بالنسبة لما ورد من فعل النبي ص في القرعة بين
ستة عبيد اعتقهم مولاهم عند موته ولم يكن له غيرهم فجزأهم اثلاثا ثم اقرع بينهم وايضا فان عتق بعض كل واحد يحدث الاضرار
بالوارث حيث يجب سعي كل واحد في باقيه فيلزم عتق جميعهم ولو رتبهم في الوصية بدئ بالاول فالاول الى ان يستوفي الثلث
ولو بقي البعض [illegible] اذا لم يجز الوارث وانما تركه لظهوره قوله ولو اوصى بعتق عدد مخصوص من عبيده استخرج ذلك
العدد بالقرعة وقيل يجوز للورثة ان يتخيروا بقدر ذلك العدد والقرعة على الاستحباب [illegible] وجه القرعة ان العتق
للعتق [illegible] بعضهم على بعض فوجب التوصل اليه بالقرعة ووجه ما اختاره المص ان متعلق الوصية متواطئ فيتخير
في تعيينه الوارث كغيره ولان المتبادر من اللفظ الاكتفاء باي عدد كان من الجميع وهو اقوى وان كانت القرعة اعدل قوله ولو اوصى
بالعتق [illegible] عند الوفاة [illegible] وقيل يعتق كله وقيل يعتق ثلثه ويسعى [illegible] في باقي قيمته وهو المشهور [illegible]
[illegible] قوله ولو اعتق ثلثه سعى في باقيه ولو كان له مال غيره اعتق الباقي من ثلثه [illegible]
[illegible]
عن المستثنيات في الدين [illegible]
اعتبر من الثلث [illegible]

ان تفنى

ان مختار [illegible] قوله ولو اوصى بعتق رقبة مؤمنة وجب فان لم يجد اعتق من لا يعرف بنصب المراد
بالمؤمنة هنا الايمان الخاص وهو ان يعتقد امامة الائمة الاثني عشر بقرينة قوله اعتق من لا يعرف بنصب مع ان من كان كذلك قد
يكون مؤمنا بالمعنى الاعم وايضا فان ذلك هو المتبادر من فقهائنا [illegible] حقيقة عرفية وقد حققناه في باب الوقف [illegible]
في [illegible] مع الامكان [illegible] بالوصية الواجب انفاذها [illegible] فان لم يجد مؤمنة قال المص
[illegible] اعتق من لا يعرف بنصب [illegible] علي بن ابي حمزة عن ابي الحسن ع قال سالته عن رجل
[illegible] يعتق بها رجلا من اصحابنا فلم يوجد قال فليشتر من الناس فليعتق وفي المسئلة ضعف بعلي بن ابي حمزة والحكم
بها مع مخالفة مقتضى الوصية ضعيف ومع ذلك فليس في الرواية تقييد بعدم النصب [illegible] الجماعة نظرا الى ان الناصب
وعتق الكافر غير صحيح [illegible] على ذلك اعتبار عدم الكفر [illegible] فان عدم النصب اعم من عدم الكفر لجواز وجوده في
غيره من الفرق [illegible] المحكوم بكفرها [illegible] لا يجزي عن المؤمنة [illegible] قوله ولو ظنها
مؤمنة فاعتقها ثم بانت بخلافه فلا اجزأت عن الموصي [illegible] ذلك [illegible] الا
الا الله فقد امتثل الامر [illegible] قوله
ولو اوصى بعتق رقبة بثمن معين فلم يجد به لم يجب شراؤها [illegible] ولو وجد باقل اشتراها واعتقها ودفع اليها
ما بقي [illegible] ولكن [illegible]
[illegible] على تقدير وجود [illegible]
[illegible] للامتثال [illegible] الوصية [illegible]
[illegible] الموصي [illegible]
الوارث [illegible]
[illegible] عن ابي عبد الله
قال سالته عن رجل اوصى ان يعتق عنه نسمة بخمسمائة درهم من ثلثه فاشترى نسمة باقل من خمسمائة درهم وفضلت فضلة
فما ترى قال تدفع الفضلة الى النسمة من قبل ان يعتق ثم يعتق عن الميت والرواية مع ضعف سندها [illegible]
الناقصة [illegible] المطابقة [illegible]
الا ان [illegible]
الامكان [illegible]
[illegible] قوله
للقول [illegible] بالشرط
[illegible] الوصية [illegible]
[illegible]
ولا للميت [illegible]
المراة [illegible]

عندهم البطلان مطلقا كما اخترناه واما الوصية لمن سيوجد فنقل [illegible] الاصحاب وعندهم المنع منه ولو بالتبعية للموجود مع
انه قد تقدم جواز الوقف على المعدوم تبعا للموجود ودائرة الوقف اضيق من دائرة الوصية كما يعلم من احكامها ويمكن
الفرق بينهما الموجب لافتراقهما في هذا الحكم بان الغرض من الملك في الوقف تمليك العين على وجه الحبس واطلاق الثمرة
فالموقوف حقيقة هو العين وملكها حاصل للموقوف عليه الموجود ثم ينتقل عنه الى المعدوم وان كان يتلقى الملك
من الواقف فقائدة الملك [illegible] محققة فيهما بخلاف الوصية فان الملك [illegible] منها [illegible] الاصل والثمرة [illegible]
كون الموصى به الاصل وعلى تقدير كون الثمرة المتجددة فمعتبر قبول الموصى له لنقل الملك ابتداء اذا تقرر ذلك فاذا
اوصى للموجود ثم للمعدوم فان كان بعين فقضى تلك الوصية للموجود والتصرف فيها ونقلها عن ملكه اذا شاء
والتصرف [illegible] كذلك في الوصية بها للمعدوم لان الوصية لم يقتض تمليكه ايضا فلا بد من وصولها اليه وان
كانت الوصية بثمرة [illegible] الشبهة كما لو اوصى مثلا بثمرة بستان خمسين سنة لزيد ولاولاده المتجددين من بعد
فهذا وان لم يات فيه ذلك المحذور لان كل واحد من الموصى له الاول واولاده موصى له بطريق الاستعمال لا التبعية لان
الثمرة التي يملكها الاول بالوصية غير الثمرة التي يملكها الثاني في زمانه وملك الاصل الجامع بينهما منتف عنهما فقد
تمليك المعدوم الذي لا يقبل الملك لا بالتبعية بخلاف الوقف لان الملك متحقق للموجود في الاصل ابتداء ومنه ينتقل
الى المعدوم كما تقرر فكان تابعا [illegible] قوله وتصح الوصية للاجنبي والوارث اتفق اصحابنا على جواز الوصية
للوارث كما يجوز لغيره من الاقارب والاجانب واخبارهم الصحيحة واردة [illegible] عن ابي بصير قال قلت لابي عبد الله عليه السلام
يجوز للوارث وصية قال نعم وفي صحيحة ابي ولاد عنه عليه السلام [illegible] بنت [illegible]
الاخبار وفي الاية الكريمة ما يدل على الامر به فضلا عن جوازه قال الله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية
للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين ومعنى كتب فرض وهو هنا بمعنى الحث والترغيب دون الفرض والوالدان لا بد
ان يكونا وارثين وان تخلف ذلك في الاقربين على بعض الوجوه الا ان يكون الابوان ممنوعين من الارث بكفر وما في معناه
واللفظ اعم منه فيشمل موضع النزاع وذهب اكثر الجمهور الى عدم جوازها للوارث [illegible] لا وصية لوارث [illegible]
الاقارب [illegible] الوارث منهم جميعا ومنهم من جعلها منسوخة فيما يتعلق بالوالدين خاصة [illegible] الاول بان [illegible]
[illegible] على نفي وجوب الوصية الذي كان قبل نزول الفرائض [illegible] الوصية [illegible]
وان زاد عن الثلث كما يقتضيه اطلاق الاية والمراد نفي الوصية بما زاد على الثلث وتخصيص الوارث [illegible] الوصية [illegible]
لولاه لا ستفيد من الاية جواز الوصية له بجميع ما يملك الموصي وافق بعضهم [illegible]
الاية وهو [illegible] دعوى بعضهم الاجماع على نسخها واعلم ان المراد بالاجنبي في قول المص غير الوارث وان كان قريبا [illegible]
فيه ولو قال للوارث وغيره كان اجود لان المتبادر من الاجنبي من ليس بقريب فلا يكون [illegible] الوارث قوله
ويصح الوصية للذمي وان كان اجنبيا وقيل لا يجوز مطلقا ومنهم من خص الجواز بذوي الارحام والاول اشبه [illegible]
تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الى قوله ان تبروهم والوصية بر وخصوص صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما [illegible]

اجل اذا

في رجل اوصى بماله في سبيل الله قال اعطه لمن اوصى له وان كان يهوديا او نصرانيا ان الله تعالى يقول فمن بدله بعدما سمعه فانما اثمه
على الذين يبدلونه وقريب منها حسنة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام وموثقة يونس بن يعقوب عنه عليه السلام ووجه القائل الثاني
استلزام الموادة وهي محرمة بالنسبة الى الكافر لقوله تعالى لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الاخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو
كانوا اباءهم او ابناءهم الاية وجوابه ان للارحام [illegible] بقوله تعالى لا ينهاكم الله الاية والذمي [illegible]
وما تقدم من الاخبار [illegible] الموادة لان الظاهر
منها موادة المحاد لله من حيث هو محاد لله [illegible] الذمي ان [illegible]
[illegible] الوصية بالجملة ووجه الثالث ما ورد من الحث على صلة الرحم
[illegible] قوله وفي الوصية للحربي تردد اظهره المنع
[illegible] الوصية للحربي بطريق اولى [illegible] الرحم ما يفيده في الحربي
ايضا ووجه المنع من الحربي دون الذمي قوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية والحربي [illegible]
وفيه نظر لان الحربي قد لا يكون مقاتلا بالفعل [illegible] الاية [illegible]
[illegible] وان كان يهوديا او نصرانيا [illegible] بالاية [illegible] الحربي لان من عامة في المتنازع
كان اليهودي والنصراني [illegible]
الوصية [illegible] تخصيص اليهودي والنصراني [illegible]
الوثني لان المليين من اهل الكتاب [illegible] من الانبياء بخلاف الوثني
هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون [illegible] ان شاء يهوديا
وان شاء نصرانيا [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

222

اوسلمه الى من يرتقبه لانعتق منه انشاء الله دعنيها فيعمله بما لم يتبع في البطلان مع ... ملك كان الاشهر
الروايتين واما الوصية لمولى فليس بها المتضمنة حديث ولا الحلية في الفتوى من حيث الادلة العامة والاعتبار المتقدم المنع
بنفي ما اعاد ما بيناه في كل مسألة خلافية يعتبر فيها المصير في ذلك فانه يليق في فتاوى هذا الاصطلاح قوله ولا تصح
الوصية بمملوك الاجنبي ولا المدبر ولا ام ولد ولا المكاتبة او الذي لم يؤد من مكاتبته ولو اجاز مولاها المعلم جواز
بيع القن والمدبر وام الولد لاشتراكهم في محض الرقية ولو قلنا يملك ما اوصى له به صحت الوصية لم تصح ولا فرق فيه
اجاز الوصية لمولى مكاتب على ذلك لكن جعل الوصية لسيده ان استمرت الى بعد الموت والاصح صحت لانها راجعة
الى ملكه ليدفع تمليك عبده اولى ان يمنع من ملك سيده لانه غير مقصود بالوصية ولا متعلق لها قصد وروى عبد الرحمن
ابن الحجاج عن احدهما عليهما السلام قال لا وصية لمملوك ولعلها شاهد مع انها تعم ان يوصي للمملوك لغيره لان الوصية انما تصح
بمن يمكن ان يقبل القابل والمقبول واما عدم جواز الوصية لمكاتب الغير اذا كان مشروطا او مطلقا لم يؤد شيئا فلما تقدم
وفيه رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام في مكاتب كانت تحته امرأة حرة فاوصت له عند موتها بوصية فقال اهل الميراث
لا تجيز وصيتها انه مكاتب لم يعتق ويرث فقضى انه يرث بحساب ما اعتق منه ويجوز له من الوصية بحساب ما اعتق منه وقضى في مكاتب
اوصى له بوصية وقد قضى نصف ما عليه فاجاز نصف الوصية وفي مكاتب قضى ربع ما عليه فاجاز ربع الوصية وقيل يجوز
الوصية لمطلق لانقطاع سلطنة المولى عنه وهل يجوز بيعه والتنابر وقبول الوصية نوع من الاكتساب والرواية ضعيف
بان في سندها محمد بن قيس الذي يروي عن الباقر عليه السلام بين الثقة وغيره مع انها مختصة في المطلق فلا يعم وهذا اقوى
ويجوز لعبد الموصي ولمدبره ولمكاتبه وام ولده ويعتبر ما اوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث فان كان بقدر قيمته
عتق وكان الموصى به للورثة وان كانت قيمته اقل اعطي الفاضل وان كانت اكثر سعى للورثة فيما بقي ما لم يبلغ قيمته ضعف ما اوصى له
فان بلغت ذلك بطلت الوصية وقيل يصح ويسعى في الباقي كيف كان وهو حسن اذا اوصى لعبده بشيء من التركة فلا يخلو
من ان يوصي له بجزء معين مشاع من اجزاء التركة كثلثها او ربعها او بمال معين منها كدار معينة او بعضها او بمائة درهم
كان الاقوى صحة الوصية سواء كان العبد تماما ام لا ثم ينظر في الوصي به فان كان بقدر قيمته من الثلث يعتق ونية عتق العبد حتى
ولا شيء له وكان باقي التركة للورثة وجرى ذلك مجرى ما لو اعتقه او اعتق بعضه وان كانت قيمته اقل اعتق واعطي الفاضل وان
كانت قيمته اكثر من الوصية ما لم يبلغ ضعف ما اوصى به فصاعدا كما لو كان قيمته مائتين واوصى له بمائة او يكون قيمته
اقل من الضعف ولو قليلا فان كان الثاني فهو ينعتق بقدر الوصية ان خرجت من الثلث والا فبقدر الثلث ويستسعى في بقية
الباقي كما لو اوصى له بمائة وخمسين وقيمته مائتان والثلث مائة وخمسون فيعتق ثلاثة ارباعه ويسعى للورثة في ربع قيمته وهو خمسون
ولو كانت الثلث مائة عتق نصفه ويسعى للورثة في بقية نصفه وهو مائة وهكذا وهذا ما لا خلاف فيه ظاهرا وان كان الاول
وهو ما لو كانت قيمته بقدر ضعف ما اوصى له به فاكثر فلذلك يعتق منه بحساب ما اوصى له به مطلقا ما لم يزد عن الثلث فان زاد فبحساب
الثلث وقال الشيخ انه مع بلوغه قيمة الضعف يبطل الوصية استنادا الى رواية الحسن بن صالح واستسعى العبد في ربع القيمة
وان كان الثلث اكثر من قيمة العبد يعتق وهو في ربع القيمة واستسعى العبد في ربع القيمة وان كان الثلث اكثر من قيمة العبد اعتق
العبد ودفع اليه ما فضل من الثلث بعد القيمة ووجه دلالة الرواية من جهة مفهوم الشرط في قوله فيها فان كان الثلث اقل من

 223

قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة فان مفهومه انه لو لم يكن اقل بقدر الربع لا يستسعى وانما يتحقق عدم
مع البطلان ولا يخفى عليك ضعف هذا الاستدلال فان مفهومه ان الثلث ان لم يكن اقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة لا يستسعى
في ربع القيمة لانه لا يستسعى فيه وهذا مفهوم صحيح لا يفيد مطلوبهم فلا منافاة في القول بانه لا يستسعى في اكثر كان اقل بقدر
الثلث يستسعى في الثلث او بقدر النصف يستسعى في النصف وهكذا وايضا فلو كان المفهوم الذي ذكروه صحيحا لزم منه انه متى لم يكن
الثلث اقل من قيمته بقدر الربع لا يستسعى بل تبطل الوصية وهذا يشمل ما لو كان اقل من القيمة بقدر النصف واقل منه بقدر الثلث الى بلوغ
النقصان عن قدر الربع فمن اين خصوا البطلان بما لو كانت قيمته قدر الضعف ما هذا الا تحكم بعيد هذا بالنظر الى الشيخ
هذا مع تسليم الرواية فانها ضعيفة السند بالحسن المذكور فان حاله في الزيدية مشهور وهذا كله اذا كانت الوصية
بجزء مشاع من التركة كالثلث مثلا فان العبد يكون من جملة التركة فكانه قد اوصى بعتق جزء منه فيعتق ويسري في الباقي
فيدفع قيمته من الوصية لانه في قوة الوصية بعتقه ولو كانت الوصية بمعين كدار او بستان فالاكثرون ومنهم المصنف اطلقوا الحكم
الحكم فيه لاطلاق النص كالرواية السابقة الشامل للمعين والمطلق وللنهي عن تبديل الوصية بعد الاسكان وذهب
جماعة منهم العلامة في المختلف وابن الجنيد الى اختصاص الحكم بالجزء المشاع اما المعين فتبطل الوصية من راس لعموم
لا وصية لمملوك فانه انما خرج في المشاع لتناوله لرقبة العبد كما قلناه وذلك منتف في المعين ولان تنفيذ
الوصية بالمعين يحال الاشتراط فلان العبد لا يملك ولا يقال الى رقبته نفسه حتى تنفيذ الوصية ويجب منع تعليل صحة الوصية في
المشاع بتناولها لرقبة العبد ولم لا يجوز لكونه وصية له لا لامر غير ذلك والنص الذي لا ينافي ذلك ولان تنفيذ للوصية
يحسب الممكن ولو منع ذلك لمنع من الاشاعة لان التخصيص برقبة العبد خروج عن الاشاعة التي هي مناط الوصية وقد عرفت
ان في الرواية السابقة يشمل باطلاقها المعين والمشاع والموجود انه لم يخالف المحكم صحة الوصية للعبد مع الحكم
بكونه حرا مال الناس دليل وهو من النص منتف في غير الرواية المذكورة وهي ضعيفة السند فان اعتبرناها من حيث الشهرة
عندها شملت القسمين والا فان اجمع عليه كحكم لا يمكن التعدي وما اختلف فيه فالعبد المتيقن من دليل صالح وقد رأيت
المتعين للوصية مطلقا يردون على من قيدها بكون القيمة دون ضعف الوصية لضعف مستنده وليس لهم في صحة الوصية
لعبد الموصي سوى تلك الرواية وفي مقابلها رواية عبد الرحمن عن احدهما عليهما السلام انه لا وصية للمملوك الا من قريبة
في السند لكن دلالة تلك اقوى كما رأيت قوله ولو اوصى بعتق مملوكه وعليه دين فان كانت قيمة العبد بقدر الدين
مرتين اعتق المملوك ويسعى في خمسة اسداس قيمته وان كانت قيمته اقل بطلت الوصية بعتقه والوجه ان الدين يقدم على
الوصية فيبدأ به ويعتق منه الثلث مما فضل من الدين ولو نجز عتقه عند موته كان الامر كما ذكر اولا عملا برواية عبد الرحمن
عن ابي عبد الله عليه السلام وقد عرفت ان القواعد المتفقة ان الوصية المتبرع بها انما ينفذ من ثلث المال وان الدين مقدم اولا ثم يعتبر الوصية
من ثلث ما بقي من المال بعد الدين وان التبرع المنجز الحاقي في مرض الموت كالوصية يخرج من الثلث عند المصنف الا انه
لا شبهة في ان العتق من جملة التبرعات واذا تقررت هذه المقدمات فنقول اذا اوصى بعتق مملوكه تبرعا او اعتقه منجزا
بناء على ان المنجزات من الثلث وعليه دين فان كانت قيمته الدين بحسب التركة بطل العتق والوصية به وان فضل منها عن الدين
فضل وان قل صرف ثلث الفاضل في الوصايا فيعتق من العبد بحساب ما بقي من الثلث ويسعى في باقي قيمته سواء في ذلك
كانت قيمته بقدر الدين مرتين او اقل لان العتق في المرض يخرج من الثلث والمعتبر منه ثلث ما بقي من المال بعد الدين على

نفد من كثير من التبرعات هذا هو الذي يقتضيه القواعد المذكورة ولكن ورد رواية صحيحة في التبرع بالعتق في التذكرة
حاصلها ان يعتبر قيمة العبد الذي اعتق في مرض الموت فان كانت بقدر الدين مرتين اعتق العتق سعى في خمسة اسداس قيمته
لان نصفه ح ينصرف الى الدين فيبطل فيه العتق ويصح في ثلثه اسدس يبقي من ثلثه السدس العتق فيها سدس التركة وهو ثلث
التركة بعد وفاء الدين وللورثة سدسان هما ثلث التركة وهو واضح وان كانت قيمة العبد اقل من قدر الدين مرتين بطل
العتق فيه اجمع روى ذلك عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث طويل محصله ما ذكرناه وروى مثله
في الحسن الا ان الرواية به مقطوعة فلذا لم يذكرها المص هنا واتفق على رواية عبد الرحمن لصحتها وقد عمل بمضمونها المص
والجماعة وان خالفت القواعد المتقررة نظرا الى اعتبارها او يكون العتق المنجز مستثنى من الحكم السابق والشيخ وجماعة
عدوا الحكم من منطوق الرواية الى الوصية بالعتق ولعله نظر الى تساويهما في الحكم السابق واولوية في غير المنصوص لا يطلق
العتق المنجز على تقدير قصور القيمة عن ضعف الدين مع قوة التبرع لكونه تصرفا من المالك في ماله والخلاف في نفوذه من الاصل
يقتضي بطلانه في الاضعف وهو ومبنيه بطريق اولى والمص رحمه الله اقتصر على العمل بمنطوق الرواية وهو جريان الحكم المذكور مع
تنجيز العتق لامع الوصية به وفيما خالف الاصل على مورده واكثر المتأخرين ردوا الرواية لمخالفتها لغيرها من الروايات الصحيحة
الدالة على تلك القواعد المقررة ولعله اولى ويرد على الشيخ القائل بتعديتها الى الوصية معارضتها بصحيحة الحلبي قال قلت
لابي عبد الله عليه السلام رجل قال ان مت فعبدي حر وعلى الرجل دين فقال ان توفي فعليه دين قد احاط بثمن الغلام
بيع العبد وان لم يكن احاط بثمن العبد استسعى العبد في قضاء دين مولاه وهو حر اذا وفى وهذه الرواية تدل بحلالها
على القضاء بتوزيع قيمته عن الدين وهو الموافق للمقرر من القواعد فلا وجه لعمل الشيخ بتلك الرواية مع عدم ورودها
ما بنا فاها والموافق هذه ومن العاير اختلاف حكم المنجز والموصى به في ذلك كما اصلت في كثير من الاحكام على تقدير تسليم حكمها
في المنجز لكن جيء في رواية الحلبي انه حكم باستسعاء العبد في قضاء دين مولاه ولم يتعرض لحق الورثة مع ان لهم في قيمته مع
زيادتها عن الدين حقا كما تقرر الا ان ترك ذكرهم لا يقدح لامكان استفادته من خارج وتخصيص الامر بقضاء الدين لا
ينافيه قوله ولو اوصى لمكاتب غيره المطلق وقد ادى بعض مكاتبته كان له من الوصية بقدر ما اداه بناء على بطلان الوصية
للمكاتب فتبطل في جزء الباقي على الكتابة لانه لا يملك به وعلى ما اخترناه من صحتها لا يصح هنا في الجميع بطريق اولى قوله
ولو اوصى الانسان لام ولده صحت الوصية وهل يعتق من الوصية او من نصيب ولدها قيل يعتق من نصيب ولدها وتكون
لها الوصية وقيل لا يعتق من الوصية لانه لا ميراث الا بعد الوصية فالخلاف في صحة وصية الانسان لام ولده وفي انها تعتق
من نصيب ولدها اذا مات سيدها ولم يوص لها بشيء واما اذا اوصى لها بشيء هل يعتق منه ام من نصيب ولدها ويعطى الوصية على
تقدير وفاء نصيب ولدها بقيمتها ولا معتبر الا ما تشاء الملحق فيه من اقوال منهم المص على قول من يعتق وجه الاول
ان الارث مؤخر عن الدين والوصية بالاية فلا يحكم لها بشيء حتى يحكم لها بالوصية فيعتق منها ان وفت بقيمتها فان قصرت كمل
من نصيب ولدها لان الباقي بعد ثبوت الوصية هو المراد من الاية استقرار الملك بعد المذكورات لا اصل
الملك لعدم بقاء التركة على ملك الميت لعدم صلاحيته التملك وعدم انتقالها الى الدين والموصى له اجماعا وعدم بقائها
لغير المالك فتعين للوارث ووجه الثاني ان التركة ينتقل من حين الموت الى الوارث كما بيناه فيستقر ملك ولدها
على جزء منها فيعتق عليه ويبقى الوصية لان ملكها متأخر عن الموت وان ملكها للمولى بغير قبول من حيث ان نفوذ الوصية

224

موقوف على وصول الذكر الى الوارث وملك الوارث لا يتوقف على شيء وفيه رواية رواية ابي عبيدة في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلام
عن رجل كانت له ام ولد وله منها غلام فلما حضرته الوفاة اوصى لها بالفي درهم او باكثر للورثة ان يسترقوها فقال لا بل تعتق
من ثلث الميت وتعطى ما اوصى لها به وفي كتاب العباس يعتق من نصيب ابنها ويعطى من ثلثه ما اوصى لها به وهذا الموجود
كتاب العباس بعض في الباب وهو موجود بهذه العبارة في الكافي وبين منهما الى الخبر ابي عبيدة ولا يخفى ان الاستدلال
وجوده في كتاب ابي العباس لا يتم والمعتبر السند ورواية ابي عبيدة مشكل على ظاهرها لانها اذا اعطيت الوصية لا تعتبر
من ثلثه لا يرتاح بعتق من نصيب ولدها وربما حملت على ما لو كان نصيب ولدها بقدر الثلث اذا على ما اذا اعتقها المولى
اوصى لها بوصية وكلاهما بعيدا الا ان الحكم فيها باعطائها الوصية كاف في المطلوب اذ عتقها من نصيب ولدها يستفاد
من دليل من خارج صحيح ويبقى ما نقل من كتاب العباس شاهدا على المدعى ولعل هذا اجود وفي المسألة قول اخر وهو
بناء على هذين القولين والمص وان تردد هنا في الفتوى وكذلك في النافع لكنه افتى بالاول في باب الاستيلاد من هذا
الكتاب وبالثاني في كتاب نكت النهاية قوله واطلاق الوصية يقتضي التسوية الى قوله وكذا لو اوصى لاعمامه واخواله كانوا سواء
على الاصح وفيه رواية مهجورة اما اقتضاء اطلاق الوصية التسوية فلاستواء نسبة الوصية اليهم وانتفاء ما يدل على
التفضيل في كلام الموصي فلا فرق فيه بين الذكر والانثى ولا بين الاخوال والاعمام وغيرهم والاصل ينهى استحقاق الارث
الا من دليل خارج فلا يقاس عليه ما يقتضي التسوية بجودة ولا خلاف في ذلك الا في ما لو اوصى لاعمامه واخواله فان الشيخ
ذهب ذلك وتبعه الشيخ وجماعة الى ان للاعمام الثلثين وللاخوال الثلث استنادا الى صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام في رجل
اوصى بثلث ماله في اعمامه واخواله فقال لاعمامه الثلثان ولاخواله الثلث وحملت على انه اوصى على كتاب الله وهذه هي الرواية
المهجورة التي اشار اليها المص بقوله وفيه رواية اخرى صحيحة يقتضي قسمة الوصية بين الاولاد للذكر ضعف الانثى على كتاب
الله وهي مع صحتها لم يعمل بها احد ولا اشكال في النص على التفصيل وقال يقسم بينهم على كتاب الله او على طريق الارث وما
شاكله قوله ولو اوصى لذوي قرابته كان للمعروفين بنسبه عملا بالعرف وقيل كان لمن يتقرب اليه الى اخر اب وام له في
الاسلام وهو غير مستند الى شاهد لا اشكال في صحة الوصية للقرابة لما فيه من الجمع بين الصدقة وصلة الرحم لكن
اختلف الاصحاب في ان القرابة من هم لعدم النص الوارد في تحقيقه والاكثر على ما اختاره المص من رده الى العرف لانه الحكم في
ذلك حيث لا معين له من الشارع وهو ان المراد بهم المعروفون بنسبه عادة سواء في ذلك الوارث وغيره وللشيخ
قول بانصرافه الى من يتقرب اليه الى اخر اب وام له في الاسلام ومعناه الارتقاء بالقرابة من الادنى اليه الى ما قبله وهكذا
الى ابعد جد له في الاسلام وفروعه وهكم الحكم بالجميع بالقرابة ولا يرتقى الى اباء الشرك وان عرفوا بقرابته عرفا وانما اعتبر الاسلام
لقوله قطع الاسلام ارحام الجاهلية وقوله تعالى لنوح انه ليس من اهلك قال المص وهو غير مستند الى
شاهد اي دليل معتبر من خبر او عرف واما الخبر فلا امر فيه شيء يخص الاباء كما ذكرناه من قوله وهو مع تسليم سنده غير
دال على المراد لان قطع الرحم في الجاهلية لا يدل على قطع القرابة مطلقا مع امتناع الكفار وكذا قطع الاهلية عن ابن نوح مع ان
اللغة والعرف به لان علويا هاشميا لو قال فلان من عرق نفر به الى جده بعيد جدا كما يعد قرابته وان كان الجد البعيد ومن تجدد
اسلام ابيه لا يتحقق له قارب من الكفار فالمرجع الى العرف وهو يتناول المسلم والكافر منهم الا ان تدل القرينة على ارادة المسلم
كما ذكره في الوصية للفقراء وقال ابن الجنيد من جعل الوصية لذوي قرابته ودون غيرهم وستين كان لمن تقرب اليه من جهة الى ...

دون البنت ولا الخنثى وان يتجاوز ما الفرقة ولد الاب الرابع ان رسول الله صلعم لم يتجاوز ذلك في تفرقة سهم ذوي القربى من
الخمس وما ذكره من عدم تجاوز الرابع غير لازم وفعل النبي صلعم في الخمس لا يدل على نفي القرابة مطلقا عما عداه فان ذلك معنى
آخر للقربى فلا يلزم نفي غيره حيث يطلق ثم على اي معنى حمل يدخل فيه الذكر والانثى والفقير والغني والقريب و
البعيد والوارث وغيره ولا فرق بين قوله اوصيت لاقاربي او قرابتي ولذوي قرابتي ولذوي قرابتي وذوي رحمي وذوي
رحمي لاشتراك الجميع في المعنى والتقرير ذلك فان الوصية يصرف الى الموجود منهم سواء اتحد او تعدد وسواء ذكرهم في
الوصية بصيغة الجمع او الافراد **قوله** ولو اوصى لقومه قيل هو اهل العشيرة القول للشيخين واكثر الاصحاب ومع ذلك
خصوه بالذكور ولا مطلقا وشهد له قوله تعالى لا يسخر قوم من قوم عسى ان يكونوا خيرا منهم ولا نساء من نساء عسى
ان يكن خيرا منهن الآية حيث جعل القوم قسيم النساء المقتضي للمغايرة ومنهم من اطلق القوم على اهل اللغة من غير تقييد
بالذكور ولعل يراد المص ايضا الآن الا ان الاول اشهر فلذلك جعلنا كلامه عليه ونسبة القيل يحمل على ان قصد قوم
لا لان العرف على ما هو احسن من ذلك وهو مقدم على اللغة ولم يسلم اختصاصها فيما فعلوه ومن ثم قال ابن ادريس انهم الرجال
من قبيلته ممن يطلق العرف الى انهم اهله وعشيرته ومن يسوى بهم محتجا بانه هو الذي يشهد به اللغة ثم استشهد بقول
الشاعر قومي هم قتلوا اميم اخي فاذا رميت يصيبني سهمي وغيره من الشواهد وذكر انه مقرو ان قوم الرجل جماعة اهل لغته من
الذكور دون الاناث **قوله** ولو قال لاهل بيته دخل فيهم الآباء والاولاد والاجداد في لا اشكال في دخول من ذكر لاتفاق
اهل التفاسير على ذلك انما الكلام في دخول غيرهم فان الاقتصار على ما ذكر يقتضي كون علي عليه السلام ليس من اهل البيت لم يخرج
عن الخمسة الثلاثة مع انه دخل اجماعا وقال ابو ثة يدخل فيهم الآباء والاولاد والاعمام والاخوال واولادهم واولاد الاولاد
الذكر والانثى ثم قال وبالجملة كل من يعرف بقرابته وهذا يقتضي كون اهل بيته بمنزلة قرابته وحكي عن ثعلب انه قال اهل البيت
عند العرب آباء الرجل واولادهم كالاجداد والاعمام واولادهم ويستوي فيه الذكور والاناث وما اختاره من مساواة
اهل البيت للقرابة هو الظاهر في الاستعمال يقال فلانيون اهل بيت في النسب معروفين وعليه قوله انا اهل بيت لا تحل
لنا الصدقة والاقوى الرجوع الى عرف بلد الموصي ومع انتفائه يدخل فيه كل قريب وتطلب النبي ع انهم اخص من ذلك للرواية
الواردة متعينة في حصرهم في اصل الكساء صلى الله عليهم **قوله** ولو قال لعشيرته كان لاقرب الناس اليه في النسب هذا الحد تفسير
للعشيرة لغة وقد ذهب جماعة من الاصحاب الى ان عشيرة الرجل بنو ابيه الادنون او قبيلته وفي كتب اهل ان العشيرة هي القرابة
معا والاجود الرجوع الى العرف ومع انتفائه فالعموم حسن **قوله** ولو قال لجيرانه كان لمن يلي داره الى اربعين ذراعا من
كل جانب وفي قول آخر مستبعد في القول الآخر المستبعد هو انه لمن يلي داره الى اربعين دارا ولعل الاستبعاد من جهة العرف فان
العرف لا يبلغ بالجار هذا المقدار ولان المشهور استناده الى رواية عامية وقد حققنا في الوقف انه ورد من طرقنا روايات
كثيرة منها حسنة جميل بن دراج عن ابي جعفر عليه السلم قال حد الجوار اربعون دارا من كل جانب واما ما اختاره المص فلم نقف على
ما يشهد له وقد مضى تحقيق ذلك في الوقف **قوله** وتصح الوصية للحمل الموجود ويستقر بانفصاله حيا ولو وضعته ميتا بطلت
الوصية ولو وضع حيا ثم مات كانت لورثته في قد سبق في تحقيق الوصية بالحمل ما يظهر به حكم الوصية للحمل والحكم معه لوجود
وعدمه ثم وجوده حال الوصية شرط لصحتها ان لم يكن الحمل حيا لكن يستقر بوضعه حيا ومعنى استقرار الملك تحققه
معه لا من حين موت الموصي وان لم يكن ذلك الوقت حيا فالنماء المتخلل بين الولادة والموت يتبع العين ولو وضعته ميتا بتبين

٢٢٥

بطلان الوصية وان كان حال الوصية في بطن امه حيا واذا استقرت الوصية بولادته حيا لا يقدح موته بعد ذلك بل
ينتقل الى ورثته وهو واضح لكن يعتبر هنا قبول الوارث لانه قائم مقامه وانما سقط اعتباره عن الحمل لتعذره كما
سقط اعتباره في الوصية للجهات العامة ويحتمل سقوطه عن الوارث بتعذر الملك عن المولود المالك الحاصل من القبول في
اعتبار القبول في الوصية للحمل مطلقا فيقبل وليه ابتداء ووارثه هنا ويظهر الفائدة فيما لو رده الوارث قبل قبوله فان
اعتبرناه بطلت ولا فلا اثر للرد **قوله** واذا اوصى المسلم للفقراء كان لفقراء ملته ولو كان كافرا انصرف الى فقراء
نحلته المختص له مع عموم اللفظ القرائن الحالية وقد تقدم البحث فيه في الوقف **قوله** ولو اوصى لانسان فمات قبل الموصي
قيل بطلت الوصية وقيل ان رجع الموصي بطلت الوصية سواء رجع قبل موت الموصي له او بعده وان لم يرجع كانت الوصية لورثة
الموصى له وهو اشهر الروايتين في قد تقدم البحث في هذه المسئلتين وفي الروايتين سنده والحكم بعدم البطلان مع
القرينة الدالة على ارادة الموصي تخصيص الموصى له دون وارثه لمزيد علم وصلاح ونحوه والفرق بين هذه وبين السابقة
ان السابقة تضمنت كون الوارث الموصى له يرث القبول لو مات الموصى له قبله وليس فيها تعرض الملك الموصى به وعدمه
والغرض من هذه بيان ان الموصى به ينتقل بموت الموصى له الى وارثه ان لم يرجع الموصي عن الوصية على الخلاف فيه سواء كان
مورثه قد قبل الوصية قبل موت الموصي ام لا فلو فرض انه قبل الوصية في حيوة الموصي ثم مات في حيوته والتفينا بان
الواقع في حيوة الموصي لم يفتقر وارثه الى القبول لكن بقي الخلاف في بطلان الوصية وعدمه وهو المقصود بالبحث هنا وان
ان لم يكن قد قبل انتقل الى الوارث حق القبول وهو المستفاد من السابقة ومعه يبطل الموصي به على الخلاف وهو المذكور هنا
قوله ولو لم يخلف الموصى له احدا رجعت الى ورثة الموصي في هذا تتمة الحكم السابق وحاصله ان الموصى له اذا مات في حيوة
الموصي ولم يخلف وارثا خاصا رجعت الوصية الى ورثة الموصي بعني بطلانها وهذا الحكم شامل بالملازمة لما لو كان موت
الموصى له قبل قبوله وبعده والحكم في الاول واضح لانه بموته قبل القبول وعدم قيام احد مقامه في القبول يبطل الحق
ويرجع الى ورثة الموصي ويحتمل على هذا ان ينتقل حق القبول الى وارثه العام وهو الامام لانه وارث في الجملة فيرث حق القبول
كما يرثه وارثه الخاص لقيامه مقامه في ارث جميع ما يورث عنه ويتولاه نائبه العام وهو الحاكم الشرعي مع غيبته الا
ان هذا الاحتمال لم يذكروه مع توجهه واما الحكم الثاني وهو ما اذا كان موته بعد القبول حيث اعتبرنا القبول المتقدم
على الوفاة فيشكل القول ببطلان الوصية لتمام سبب الملك بالايجاب والقبول وتوقفه على الشرط وهو الموت لا يوجب بطلانه
ومن ثم انتقل الى الوارث لو كان فكما انه بحصول الشرط يتم الملك للوارث فينبغي ان يتم هنا اليه ويكون الحق عند ملك الملك
لما كان مشروطا بالموت لا يحصل بدونه كما هو ظاهر ومع ذلك فلا بد من مستحق صالح للتمليك لينتقل اليه الملك فان مجرد السبب
وان كان تاما لم يوجب نقل الملك قبل حصول الشرط ومن ثم فان كان للموصى له وارث انتقل حق الوصية اليه وحكم ملكه لا
له اهلية الملك وان لم يقبل بناء على القول السابق وان لم يكن وارث لم يحصل الملك بحلا قابلا له لينتقل اليه وانفصل ذلك
الا الموصى له وقد فات اهليته للملك وقد ادر وارثه والعرض عدمه فلم يبق على الاحتمال الا هنا بطريق اولى ان ينتقل
الملك الى الامام لتمام سبب الملك بحصول الشرط والامام وارث للموصى له كالخاص فينتقل الملك اليه وان لم نقل بانتقال حق
القبول اليه لان الحق هنا اقوى **قوله** ولو قال اعطوا فلانا كذا ولم يبين الوجه وجب صرفه اليه يصنع به ما شاء لان الوصية
تمليك فيقتضي تسلط الموصى له على المال تسلطا تاما من الملاك وهو في ذلك كمن المفرق كما لو قال اعطوه ليصرفه في جهة

٢٢٦

الثلاثية تعتق عليه ومرضها عن تبديل الوصية ولو صرفه في غيرها ضمن ولو اطلقه بدأ له ومن فرقه في الوجه المعين **قوله**
ولو اوصى في سبيل الله صرف الى ما فيه اجر وقيل يختص بالغزاة والاول اشبه في الفضل في السبيل الطريق والمراد بسبيل الله
الطريق اليه اي الى رضوانه او ثوابه لاستحالة التحيز عليه تعالى وهذا المعنى شامل لكل ما يتقرب به الى الله فيجب حمل اللفظ عليه
حيث لا مخصص من شرع او عرف وهما منتفيان والقول باختصاصه بالغزاة للشيخ ومن تبعه وجعل بعضهم عند تعداد الجهاد
ابواب البر من معونة الفقراء والمساكين وابن السبيل وصلة الارحام محتجا بان حكم الشرع يستقيم صرف السبيل الى الغزاة
وحكم كلام الآدميين مع اطلاقه حكم ما انتقضاه الشرع وهو ممنوع والمختار الاول **قوله** ويستحب الوصية لذوي قرابته
وارثا كان او غيره في لا خلاف في استحباب الوصية للقرابة في الجملة وعندنا لا فرق بين الوارث وغيره لعموم الآية والاخبار
وقد تقدم الكلام فيه ونقل عن بعض الاصحاب الاخلال عنهم ممن لم يوص عند موته لذوي قرابته ممن لا يورث فقد ختم عمله بمعصيته وسال
محمد بن مسلم ابا عبد الله عليه السلم عن الوصية للوارث فقال تجوز ثم تلا هذه الآية ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين **قوله**
واذا اوصى للاقرب نزل على مراتب الارث ولا يعطى الابعد مع وجود الاقرب في المراد مترتبة على مراتب الارث من حيث الرتبة
في كيفية الاستحقاق فان الوصية حينئذ يستوي فيها الذكور والاناث والمتقرب بالاب والمتقرب بالام وان كانوا اخوة ومعنى تنزيله على
المراتب تقديم المرتبة الاولى على اهل الثانية لانها اقرب الى الميت حينئذ وكذا الثانية على الثالثة ومن ثم ظهر انه لا يعطى الابعد مع وجود
وفائدة ذكره بعد تعيين المراتب دفع حكم ابن العم من الابوين مع العم من الاب فانه في الارث مقدم على العم وان كان ابن العم ابعد
الآن ذلك بدليل خارج ومن ثم كان مستثنى من القاعدة فلولا قوله ولا يعطى الابعد مع وجود الاقرب ما استفيد من تنزيله
على مراتب الارث تقديم ابن العم هنا ايضا وهو محتمل الآن لان الاصح الاول ومقتضى مراعاة المرتبة انه اذا اجتمع الاخ من الابوين مع
الاخ من الاب قدم الاول عليه كما في الارث وهو كذلك على الاقوى مع احتمال التساوي هنا ايضا **قوله** وهل يعتبر العدالة قيل نعم
لان الفاسق لا امانة له وقيل لا لان المسلم محل للامانة كما في الوكالة والاستيداع ولانها ولاية تابعة لاختيار الموصي فيتحقق
بتعيينه في اختلف الاصحاب في اشتراط عدالة الوصي فذهب الاكثر منهم الى اشتراطها محتجين بان الوصاية استيمان على مال الاطفال
ومن يجري مجراهم من الفقراء والجهات التي لا يراعيها المالك والفاسق ليس اهلا للاستيمان على هذا الوجه حتى كان اهلا للوكالة
لوجوب التثبت عند خبره ولان الوصية تتضمن الركون باعتبار فعل ما اوصى اليه به من صرفه المال وانفاقه ومصرفه في الوجوه
والفاسق ظالم لا يجوز الركون اليه لقوله تعالى ولا تركنوا الى الذين ظلموا ولان الوصية استنابة على مال الغير لا على مال الموصي لانتقاله
عنه بموته وولاية الوصي انما يحصل بعد الموت فيشترط في النائب العدالة كوكيل الوكيل بل اولى لان تقصير وكيل الوكيل مجبور
بنظر الوكيل والموكل وذلك من اكبر البواعث على التحرز وكيل الوكيل من هذا وذلك ودعواه في الوصي فان ولايته بعد موت الموصي على
الجهات المذكورة المحجور عليهم لا يتدارك فيها العدم غالبا ولا يتبع فيها الخصوص الا ما كانت في نحو اخراج حق الغير بحضره وذهب
ابن ادريس بعد تقريره الى عدم اشتراطها ومحجة القول في الخ بعدالة باختيار بعضهم من كتبه اشتراطها ايضا
الى انها ولاية تابعة لاختيار الموصي كالوكالة وتحقق مضمونها في القياس في الاول بالجواز ايداع الفاسق وتوكيله وضعف
الفرق بين الوكالة والوصية بما اشرنا اليه من مراعاة الموكل حال الوكيل في الاختيار وبانه في الوكالة تسلط على مال نفسه وهنا على
مال غيره ولهذا اشترطت في وكيل الوكيل هذا محصل كلام الفريقين ويمكن ان يجاب على الاول لا يلزم من عدم اهليته للاستيمان
والقبول الخ اشتراط العدالة لان هناك واسطة بينهما وهو المستور والمجهول الحال فانه لا يصح وصفه بالفسق بل يعتد

٢٢٦

بن فلا يدخل في المدلول واشتراط العدالة في الوكيل ان اراد وايضا اشتراط ظهور عدالته كما هو المشهور وفيهم عن المنازع وان اراد
به عدم ظهور الفسق سلمناه لكن لا يفيد الاشتراط وبالجملة لا ريب في اشتراط عدم ظهور الفسق اما اشتراط ظهور عدالته
بحيث لما احتج به المص وغيره على اشتراط ظهور ها بان الفسق لما كان مانعا فلا بد من العلم بانتفائه وذلك هو اشتراط
العدالة هو موضع المنع لان المانع لا يشترط العلم في انتفائه بل عدم العلم بوجوده كما هو المعتبر في حكم كل مانع **قوله** اما لو اوصى الى
العدل فسق بعد موت الموصي لا يمكن القول ببطلان وصيته لان الوثوق ربما كان باعتبار صلاحه فلم يتحقق عند زواله
بعزل الحاكم ويستنيب مكانه في هذا استدراك من الحكم السابق وحاصله ان العدالة وان لم نشترطها ابتداء فانه لو اوصى الى عدل
فسق بعد موت الموصي اتجه القول ببطلان وصيته لانا وان لم نشترطها واوصى الى الفاسق ابتداء يكون الموصي قد اقدم على الوصية
اليه وعلى حاله فلا يؤثر فسقه اما لو اوصى الى العدل ابتداء ففسق ينعزل لما اشار اليه المص من ان الباعث على الايصاء اليه مختص
وربما كان باعتبار عدالته فاذا زالت العدالة زال الباعث فيبطل ولم يجزم المص بالحكم بل قال يمكن القول بالبطلان لذلك
لانه ايضا يمكن القول بعدم البطلان لان الوصية اليه لا يتعين ان يكون الباعث عليها ملاحظة ان يكون امرا من صحبة وقرابة
ونحو ذلك والوصف اتفاق وجاز ان يكون العدالة مزيدة في الباعث لا سببا تاما فلا يقدح فواتها ولانها اذا لم يشترط
ابتداء كانت استدامة الفسق غير مانعة من صحة الوصية ابتداء فالاولى ان لا يمنع منها استدامة ابتداءه لان استدامة كل
شيء اقوى من ابتدائه وما استدركه المص يظهر للاصحاب جزم به العلامة بحكم ببطلان الوصية وهو قوي ان لم تكن
الباعث على نصبه عدالته ولا ما الحكم قائم في الثاني لابن ادريس وما حكيناه يظهر من فساد ما قيل انه لا خلاف في بطلانها
بالفسق على هذا الوجه وحيث حكم ببطلان الوصية بفسقه لا يعود بعوده عدلا للاصل وبقي في العبارة امران احدهما تقييد
بكون فسقه بعد موت الموصي يستفاد منه بحسب المفهوم انه لو فسق في حيوته لم ينعزل مع ان العلة المذكور لعزله متناول له
لحاله وبعد يمكن الفرق بان فسقه في حيوته مع استمراره عليه يؤذن برضاه بوصايته فاسقا بخلاف ما لو فسق بعد موته
لكن يجب تقييد هذا بعلم الموصي بفسقه والا فلا دلالة على رضاه به على تلك الحالة ويمكن ان يكون ذلك مبنيا على ان المعتبر في
صفات الوصي حال الوفاة لا حالة الوصاية في كما هو احد الوجوه في المسئلة فاذا فسق في حال حيوة الموصي واستمر كذلك الى الوفاة فانه
لم ينعقد الوصاية له الا وهو فاسق فيكون كما لو نصبه فاسقا بخلاف ما اذا تجدد الفسق بعد موته فانه امر طارئ على الحكم
بوصايته فيبطلها المذكور والمتجه الفرق بين علم الموصي بفسقه وعدمه على تقدير حصول الفسق حال حيوته على كل حال والثاني
ان قوله لم يكن ببطلان وصيته يقتضي انعزاله وان لم يعزله الحاكم وقوله في يعزله الحاكم ينافيه والحمل على هذا التقدير انه انما يعزل لم
لم يعزله الحاكم لفوات الباعث المنزل منزلة الشرط بفوات المشروط بفواته وربما اعتذر له بان المراد يعزل الحاكم له تسلط
الحاكم على منعه من التصرف فانه عزله مجازا بعزله وقد تلفقت في هذه المسئلة عبارة الشافعية واختلفوا في بطلان
الوصية به من راس او تسلط الحاكم على فسخها من غيرها ان يبطل فيظهر الفائدة في تصرفه قبل ان يعزله الحاكم وهذه العبارة
حينئذ تحتمل القوية فاطلق الوجهين ويقوى الاشكال لو لم يكن له حاكم يعزله فان الفائدة المطلوبة للموصي من عدالته
منتفية واسناد الاقوى تفريعا على كون ذلك من الحكم بالبطلان وان لم يعزله الحاكم ليحصل الغرض **قوله** ولا يجوز الوصية
الى المملوك الا باذن مولاه لان منافعه مملوكة لمولاها والوصية اليه يستدعي نظرا مستمرا في امر الموصي فيه وسعيا على
تحصيل المطلوب منها وهو يستلزم التصرف في ملك الغير فيتوقف على اذنه فاذا اذن زال المانع لان المنع لحقه خلافا

لبعض العامة حيث منع من الوصية المبسوطة لو اقترن ذلك فلو اذن المولى له في الوصاية لم يكن له الرجوع في الاذن بحسب لزوم الرق المفضي
فيه بان مات الموصي بحيث لا يلزمه المضي يجوز للمولى الرجوع لكن بشرط اعلام الموصى كالحر وبالجملة فيقوم المولى في ذلك مقام الموصي
وان كان فعل متعلق الوصية منوطا بالمملوك **قوله** ولا يصح الوصية الى الصبي منفردا ويصح منضما الى البالغ لكن لا يتصرف الا بعد
بلوغه ولو اوصى الى اثنين احدهما صغير تصرف الكبير منفردا حتى يبلغ الصغير وعند بلوغه لا يجوز للبالغ التفرد فائدة صحة
الوصية الى الصغير منضما مع عدم صحة تصرف الصغير اثباتها بنص في تلك الحال في جواز تصرفه بعد البلوغ ومستند جواز الوصية
اليه منضما رواية علي بن يقطين قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل اوصى الى امرأة وشرك في الوصية معها صبيا فقال يجوز ذلك
تمضي المرأة الوصية ولا تنتظر بلوغ الصبي فاذا بلغ الصبي فليس له الا ان يرضى الا ما كان من تبديل او تغيير فان له ان يرده الى
ما اوصى به الميت وفي صحيحة الصفار قال كتبت الى ابي محمد عليه السلام رجل اوصى الى ولده وفيهم كبار قد ادركوا وفيهم صغار ايجوز للكبار
ان ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن يصح على الميت بشهود عدول قبل ان يدرك الاوصياء الصغار فوقع عليه السلام نعم على
الاكابر من الولد ان يقضوا دين ابيهم ولا يحبسوه بذلك ويدل على جواز تصرف الكبير قبل بلوغ الصغير مضافا الى الخبر
انه في تلك الحال وصي منفرد وانما الشريك معه بعد البلوغ كما لو قال انت وصيي واذا حضر فلان فهو شريكك ومن ثم لم يكن للحاكم
ان يداخله ولا ان يضم اليه اخر ليكون نائبا عن الصغير واما اذا بلغ الصغير فلا يجوز للبالغ التفرد وان كان في الخبر ما يستفاد
الخبر بل لانه الان غير مستقل فيرجع الى تلك القاعدة واعلم ان صحة الوصية الى الصبي منضما على خلاف الاصل لانه ليس من اهل الولاية
ولكن جاز ذلك للنص فلا يلزم منه صحة الوصية اليه مستقلا وان شرط في تصرفه البلوغ وكان ذلك في معنى المنضم وقوفا فيما خالف
الاصل على مورده ولانه في حال التبعية لا ينفرد استقلالا واعلم ايضا ان مورد المسألتين في الكتاب ونحوه هو جواز
انضمام الصغير الى البالغ في الوصاية لكن الاولى تضمنت حكم تصرف الصبي في انه مشروط ببلوغه والثانية تضمنت جواز تصرف الكبير
قبل بلوغ الصغير وعدم جواز انفراده بعد بلوغه ومرجع الاحكام الثلاثة في مسألة واحدة كما فعله غيره وكان اخصر فيقول ايجوز
لكن لا يتصرف الا بعد بلوغه ويتصرف الكبير منفردا الى الحلم فيستغني عن فرض مسألتين **قوله** ولو مات الصغير او بلغ فاسد
العقل كان للعاقل الانفراد بالوصية ولم يداخله الحاكم لان الميت وصياء انما كان له ذلك لان شركة الصبي له مشروطة ببلوغه
كاملا ولم يحصل فيبقى الاستقلال الثابت له اولا بالنص على حاله ما دام الاستحقاق ومداخلة الحاكم مشروطة بعدم وجود الوصي
المستقل وهو هنا موجود وهو معنى قول المصنف لان له وصيا اي مستقلا والا فالحكم بمداخلة الحاكم ثابت مع عدم الوصي المستقل ويمكن ان يريد به
مطلق الوصي لما سيأتي من تعليله بذلك في مسألة الوصي غير المستقل وربما احتمل بطلان استقلاله بذلك لان الوصي انما فوض اليه
الاستقلال الى حين بلوغ الصبي فكانه جعله مستقلا الى مدة مخصوصة لا مطلقا وقد تردد في الحكم العلامة في كره والشهيد في
س ومعنى اختاره المصنف قوي نعم لو بلغ الصبي رشيدا ثم مات بعد ذلك او جن زال الاستقلال لفقد شرطه **قوله** وليس للصبي بعد
البالغ ثم بلغ الصبي لم يكن له نقض شيء مما ابرمه الا ان يكون مخالفا لمقتضى الوصية فهو باطل وقد سلف في الخبر من المتقدمين
ما يدل على هذا الحكم ولان البالغ وصي مستقل حينئذ فتصرفه نافذ واعلم ان التصرف متى كان مخالفا لمقتضى الوصية فهو باطل
لا يتوقف ابطاله على نقض الصبي بعد بلوغه فالاستثناء في العبارة منقطع وقد تبع فيه الرواية فانه قال فيها الا ما كان من تبديل
او تغيير فان له ان يرده الى ما اوصى به الميت وكان حق العبارة ما اقتضاه وعلى نقضه من نقض ما كان موافقا للشرع فان ما خالفه
منقوض **قوله** ولا تجوز الوصية الى الكافر ولو كان رحما نعم يجوز ان يوصي اليه مثله لان الكافر ليس من اهل الامانة ولا

الولاية

٢٢٧

الولاية والركون اليه منهي عنه لانه ظالم والاجنبية هنا لا دخل لها في الجواز واما جواز وصية مثله اليه فلا جواز انه على حكمه في نفسه
البتة لا الحكم بصحتها عندنا ان اشترطنا العدالة لان الكافر اسوء حالا من الفاسق المسلم ويحتمل قويا الحكم بصحتها مطلقا مع عدالته
في دينه لان الغرض منها صيانة مال الطفل وحفظ ماله واداء الامانة واذا كان الكافر في دينه مجانبا للمحرمات قائما بالامانات
حصل الغرض المطلوب منه بخلاف فاسق المسلمين **قوله** ويجوز الوصية الى المرأة اذا اجتمعت الشرائط هذا عندنا موضع وفاق
وقد تقدم في حديث علي بن يقطين ما يدل على الصحة بل اذا حصلت الشرائط في ام الاطفال فهي اولى من غيرها لمزيد الحنو لكن
روى الشيخ في ب عن السكوني مرسلا عن جعفر بن محمد عن ابيه عن ابائه عليهم السلام عن امير المؤمنين عليه السلام المرأة لا يوصى اليها لان الله
تعالى يقول ولا تؤتوا السفهاء اموالكم ثم حمله على ضرب من الكراهة جمعا **قوله** ولو اوصى الى اثنين فان اطلق او شرط اجتماعهما لم يجز
لاحدهما ان ينفرد عن صاحبه بشيء من التصرف ما لم يشترط الاجتماع خفية لانه لم يرض براي احدهما منفردا فولايتهما انما تثبت على
هذا الوجه واما مع الاطلاق فلان المفهوم من الملائمة ارادة الاجتماع ولحصول الاشتباه في ثبوت الولاية لهما مجتمعين معلوم وثبوتها
للكل واحد منفردا مشكوك فيه فيؤخذ باليقين ويرجع الى اصالة انتفائها عن كل واحد منفردا وذهب الشيخ في احد قوليه ومن تبعه الى
جواز انفراد كل منهما مع الاطلاق ولعله استند الى رواية بريد بن معوية قال ان رجلا مات واوصى الي والى اخر والى رجلين
فقال احدهما خذ نصف ما ترك واعطني النصف مما ترك فابى عليه الاخر فسألوا ابا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال ذلك له مع ان الشيخ في ب
حمل قوله ذلك له على الرد اي ان صاحبه اي له ان يابى عليه ولا يجيبه الى ملتمسه وانما حمله على ذلك لئلا ينافي ما رواه محمد بن الحسن الصفار
في الصحيح قال كتبت الى ابي محمد عليه السلام رجل كان اوصى الى رجلين ايجوز لاحدهما ان ينفرد بنصف التركة والاخر بالنصف فوقع عليه السلام
لا ينبغي لهما ان يخالفا الميت وان يعملا على حسب ما امرهما ان شاء الله ويمكن ان يقال لا وجه لحمل تلك الرواية على ذلك الوجه البعيد
هذه لا تدل ليس فيها ما يدل على وجوب الاجتماع لان لفظ لا ينبغي ظاهر في الكراهة لا الحظر فيهما لا تدل على جواز الانفراد على كراهة
وتبقى تلك مؤيدة لها كما قاله الشيخ في ضوئه فانه اجود مما فهمه نعم يثبت مع ان المتاخرين كالعلامة في المخ ومن بعده حملوا الرواية
المنع من الانفراد واستحسنوا حمل الرواية الاخرى على ما ذكره الشيخ وما رجع الحمل بان الاجماع اقرب من القسمة فعود اسم الاشارة
اليه اولى وفيه ان الاشارة بذلك للبعيد فحمله على القسمة انسب باللفظ ويمكن ان يستدل لهم من الخبر الصحيح لان جعله قوله لا
ينبغي بل من قوله ان يخالفا الميت وان يعملا على حسب ما امرهما فان ذلك يقتضي حمل الاطلاق على ارادة الاجتماع ومع ذلك يبقى
في عدم جواز المخالفة اشكال وينبغي حمل لا ينبغي على التحريم لانه لا ينافيه بل غايته كونه اعم او مجازا ومن قرينة الا ان الفاء
الباقية وهذا جيد اذا علم من ذلك تعين وجوب اجتماعهما في الحالين انما يتم اعطاء الراي الواحد على وجه يمكن ان يكون منحطا لم يذا
توقف على نقيضه ليسدد على رايهما الا بمباشرة احدهما باذن الاخر او غيرهما باذنهما **قوله** ولو تشاحا لم يمض ما ينفرد به كل واحد
عن صاحبه الا ما لا بد منه من كسوة اليتيم وماكوله والحاكم يجبرهما على الاجتماع فان تعاسرا جاز له الاستبدال بهما اذا تشاح
الوصيان في صورة اشتراط الموصي اجتماعهما او الاطلاق على القول بحمله على الاجتماع اي تمانعا وابى كل منهما على صاحبه ان يوافقه لم
يمض ما ينفرد به احدهما من التصرف لان الموصي لم يرض براي منفرد فيكون تصرفه بغير اذن كتصرف الاجنبي ويستثنى الفقهاء
جماعة منه ما يمس الحاجة اليه فلا يمكن تاخيره الى وقت الاتفاق من نفقة اليتيم والرقيق والدواب ومثله شراء كفن الميت و
زاد بعضهم قضاء ديونه وانفاذ وصية معينة وقبول الهبة عن الصغير مع خوف فوات النفع والخصومة عن الميت وله وعن
الطفل ولم مع الحاجة ورد الوديعة المعينة والعين المغصوبة وقال ابن الصلاح مع التشاح يرد الناظر في المصالح الامر الى

٢٢٨

من كان اعلم بالامر واقوى عليه ويجعل الثاني تبعا له وهذا يستلزم تخصيص احدهما وقد منع الموصي منه فالاطلاق الشيخ في
عدم جواز تصرف احدهما مع التشاح في التسمية من غير استثناء وقال العلامة في المختلف بالفرق بين حالة الاطلاق والنهي
عن الانفراد فاحتمل امضاء الانفراد في الثاني مطلقا وجوازه بما لا بد منه في حالة الاطلاق وكلام الاصحاب مطلق في ذلك ويشكل من الاصحاب
من صرح بعدم الفرق بين الحالتين فلا يمكن حمل كلامه على التفصيل وبان حالة الاطلاق ان حملت على ارادة الاجتماع كما هو ملاحظ
وان كان مستحالة النهي عن الانفراد الا وقد حمل ليس المنفرد وعلى التجويز فانفرد في الشرع اطلق المشهور فيما ذكره ليخرج
مع التعاسر يجبرهما الحاكم على الاجتماع فان لم يمكن جاز له الاستبدال بهما ولا يخلو على الاطلاق من اشكال على القول باشتراط العدالة
لانهما بتشاحهما حيث لا يمكن الاجتماع ولم يرد بهما عليه خرجا عن العدالة خصوصا مع اجبار الحاكم لهما وتعاسرهما الذي
الذي ينبغي تفريعا على اشتراط العدالة الحكم بفسقهما مع تشاحهما حيث يكفيهما الاجتماع ويكون ذلك لحصول العناد ويستدل
بها الحكم ولقد احسن ابن ادريس هنا حيث قال فان تشاحا في الوصية والاجتماع لم ينفذ شيء مما يتصرفان فيه الا ما لا بد منه
للناظر في امور المسلمين الاستبدال بهما لانهما حينئذ فسقا لانهما اخلا بما وجب عليهما القيام به وقد بينا ان الفسق يخرج الوصي
من يده ومع ذلك فهو كلام منضبط من جهة انه قيله بلا فصل صرح بعدم اشتراط العدالة وانكر على الشيخ القول بها وبان الوصي
فسق يخرج من يده ثم عقبها بمسالة الوصيين وهو هنا بلا فصل والحاصل انه مع اشتراط العدالة يلزم القول بانعزالهما مع
التشاح الموجب للاخلال بالواجب مع الاصرار عليه حيث لم يكن له تأويل ونحو ذلك من الكبائر ويمكن فرض التشاح من غير فسق بان
يختلف نظرهما في الامر فلا يمكنهما الاجتماع على راي واحد منهما لان كل واحد منهما اولى عنده العمل بما يقتضيه نظره ومثل هذا يجب استثناؤه
ولا يمكن الحاكم اجبارهما على الاجتماع فيه ويبقى الكلام فيما يمكن فيه الاجتماع ويكون الاختلاف مستندا الى التشهي او الميل الطبيعي بان
اراد احدهما الصدقة بالمال الموصى به بتفرقته على اشخاص معينين واراد الاخر غيرهم مع استحقاق الجميع او اراد احدهما شراء نوع
من الماكول او الملبوس للطفل واراد الاخر غيره مع اشتراكهما في المصلحة ونحو ذلك فان مثل هذا يجب فيه الاتفاق وبحل تركها الواجب
حيث لا يكون له مرجع فلا يحكم بانعزالهما مع التشاح فيختص مع وقوع التصرف بالفعل منفردا وقد اقتصر واعلى التعبير بان
التصرف لا ينفذ وبالغ في الدروس صرح بانهما لا ينعزلان بالاختلاف وان الذي يتولاه الحاكم ما نشاه عنهما **قوله** ولو اراد اقسمة
المال بينهما لم يجز لان القسمة تقتضي انفراد كل منهما بالتصرف فيما حصل له من القسمة وهو خلاف مراد الموصي من الاجتماع فيه والحكم مع النهي
الاجتماع واضح ومع الاطلاق مبني على ما سلف **قوله** ولو عجز احدهما او مرض ضم اليه الحاكم من يقويه في الضعيف المبادر وتحوه المرض يرجح
المرض والعاجز ابتداء انهما لا يقدح ذلك في الابتداء ولكن لا يقدح في الاستدامة ويضعف اصلاح الثلثة على التصرف حتى لو كان
وصيا منفردا الفرض ويحتمل الاستقلال اضم الحاكم اليه ايضا من يعتقد كما سيأتي ولم يرتفع امره بالكلية وكذا هنا فيه شرح الفرض ومع
احدهما الى الاخر كالوجن او فسق ويكون الحكم بحمل العجز هنا على القيام بجميع ما كلف به مع ثبوت اصل القدرة فالعجز عن البعض
ويحمل العجز في كلام الدروس على العجز الكلي بقرينة مشاركة الفاسق والمجنون له في الحكم وبقرينة الحكم بالضم الى الاخر ايضا ويجوز
ان يعود الضمير في عبارة المصنف الى الموصي لا الاخر المدلول عليه باحدهما فيناسب يريد بالعجز والمرض البالغين حد المنع من اصل الفعل كما
فرضه في س ويكون التقوية للوصي الاخر لكن الاول انسب بالمقام **قوله** اما لو مات او فسق لم يضم الحاكم الى الاخر وجاز له الانفراد
لانه لا ولاية للحاكم مع وجود وصي وفيه تردد اذ لا يعتقد مشاركة احد الوصيين على الاجتماع لصاحبه بموت او فسق او عجز كلي
او جنون او غيبة بعيدة فقد ذهب المصنف واكثر الاصحاب الى ان الوصي الاخر يستقل بالوصية من غير ان يضم اليه الحاكم بدلا لانه

لا ولاية

لا ولاية للحاكم مع وجود الوصي وهو هنا موجود فان نصب الاخر معه لم يخرجه عن كونه وصيا ولهذا لو نصب وصيين وقد يرد
في الحكم ووجهه ما ذكر من ان الموصي لم يرض براي احدهما منفردا فتقر وحده من الغصب للموصي ويمنع من انتفاء ولاية الحاكم
مع مطلق الوصي بل مع المنفرد لان ولاية الحاكم يتعلق بما لا يشرع انفاذه لغيره من احكام الميت هنا وهو هنا موجود ويكون
بدلا من احد الوصيين وعلى الاجتماع ليس وصيا حقيقيا بل جزء وصي واطلاق الوصي عليه لا يستلزم الحقيقة
وجوب الضم وليس للحاكم ان يفوض اليه وحده وان كان عنده صالحا للاستقلال لان الموصي لم يرض برايه وحده
ارادة الموصي لا يعتبر ارادة الحاكم لان ذلك كمن عرض كونه وصيا بالانفراد فلا يخطاه الحكم وكذا لا يجوز للحاكم عزله وان
بدل منفردا ومقدرة المذكور بان من تقديم منصوص الوصي وهو هنا موجود **قوله** ولو شرط لهما الاجتماع والانفراد كان تصرف كل
واحد منهما ماضيا ولو انفرد وهل يجوز ان يقتسما المال ويتصرف كل واحد فيما يصيبه كما يجوز انفراده قبل القسمة المراد بشرط الاجتماع
لهما والانفراد تسويغ الانفراد والتخيير كان ظاهرا والحصر فان شرط الاجتماع لا مدخل له في الحكم الا ان يجعل تنبيها على
قسم رابع وهو ما اذا شرط لهما الانفراد وسكت عن الاجتماع فان ذلك يجوز ويجب فيما ابتاع شرطه فيكون التعبير بشرط
الاجتماع والانفراد اشارة الى التسويغ لا مرين معا وكيف كان فمع الاذن في الانفراد يكون كل منهما بمقتضى الوصية ماضيا
لان كلا منهما وصي مستقل ويجوز لهما اقتسام المال ويتصرف كل منهما فيما يصيبه وليست قسمة حقيقية بل لكل منهما بعد
القسمة التصرف في قسمة الاخر كما يجوز قبل القسمة لان كلا منهما وصي في المجموع ولا فرق في جواز القسمة بين جعلها نصفا
ومتفاوتة حيث لا يحصل بها ضرر **قوله** وللموصى اليه ان يرد الوصية ما دام الموصي حيا بشرط ان يبلغه الرد قد تقدم
ان الوصية من العقود الجائزة في حيوة الموصي لكل من الموصي والموصى له واليه فيهما في حيوة الموصي فاذا كانت الوصية بالولاية
وقبلها الوصي فان له بعد وفاة الموصي لم يكن له ردها كما ليس له رد المال الموصى به بعد القبول والوفاة وان كان الرد في
حيوة الموصي جاز كالرد المال لان الوصاية اذن له في التصرف المخصوص فله ان لا يقبل الاذن كالوكالة لكن يختص حكم
الوصية بكون بطلانها مشروطا بان يبلغ الموصي الرد فلم يبلغه لزمت كالرد بعد الوفاة وظاهرهم الاتفاق على هذا الحكم
وفي الاخبار ايماء اليه ففي رواية منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا اوصى الرجل الى اخيه وهو غائب فليس
له ان يرد عليه وصيته لانه لو كان شاهدا فابى ان يقبلها طلب غيره ومقتضى هذا التعليل ان صحة الرد مشروطة ببلوغه
الخبر لانه اذا كان مشروطا بعدم القبول فيراد لي في معناها كثيرة لانه على تقدير قبوله يكون قد غيره ومنعه من طلب
غيره فلم يكن له ان يضيع حقه اما الورثة في حيوته ويلغه الرد فان الوصية تبطل اقتضاء بالكلية على موضع الوفاق بيانها
الاصل ولا نتفاء المحذور هنا واعلم ان كل موضع يلزمه الوفاء بالوصية لو امتنع من القيام بها فانه اصر ولم يخرج عن اهلية
الوصاية بنفسه على القول باعتبار العدالة في جع عن الوصاية ولو كان ذا ولاية بالوجوب طلق جماعة من الاصحاب
الحاكم لو مع امتناعه وهو مبني على عدم الخروج بالامتناع عن الاهلية وفي المسألة اشكال وهو انه هل يشترط مع بلوغ الموصي الرد
امكان اقامة وصي غيره ام يكفي مطلق بلوغه حيا ظاهر الفتاوى الثاني ومقتضى التعليل الاول لانه اذا لم يكنه نصب وصي اخر
يكن يمنى لانه لو يعلم بالرد ولا يحوم اعتبار الامكان كما يرشد اليه قوله عليه السلام لانه لو كان شاهدا فابى ان يقبلها طلب غيره
فان العلة المنصوصة متعدية على الاقوى ولا انتفاء العلة يدور معها فعلى هذا لو كان حيا ولكن لم يمكنه نصب احد لو بلغه
لم يصح الرد ولو امكن ولكن كان المصنوب غائبا بحيث يتوقف ثبوت وصايته على البينة ولم يحضر الموصي من يثبت به الوصاية ففي

تعذر بلوغه لعدم التمكن من الوسائط وبحصول العمل القدرة وتحقق الشرط ومن انتفاء فائدة تعذر اعتبار عدم بلوغ

قوله ولو مات قبل الرد او بعده ولم يبلغه لم يكن للرد اثر وكانت الوصية لازمة للموصى اطلاق كلامه يشمل ما لو كان قد قبل الوصية ثم

ردها وما اذا لم يقبلها اصلا والحكم في الاول موضع وفاق وقد تقدم واما الثاني فالمشهور بين الاصحاب ان الحكم فيه كذلك

واستند فيه الى اخبار كثيرة منها صحيحة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا اوصى رجل الى رجل وهو غائب فليس له ان

يرد وصيته فان اوصى اليه وهو بالبلد فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل ومنها صحيحة الفضيل بن يسار عنه عليه السلام

في رجل اوصي اليه قال اذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردها وان كان في مصر يوجد فيه غيره فذاك اليه ومنها رواية منصور بن

حازم عنه عليه السلام قال اذا اوصى الرجل الى اخيه وهو غائب فليس له ان يرد عليه وصيته لانه لو كان شاهدا فابى ان يقبلها طلب

غيره ومنها حسنة هشام بن سالم عنه عليه السلام في رجل يوصي الى رجل بوصية فابى ان يقبلها فقال ابو عبد الله عليه السلام لا تخذله على هذه

الحال وذهب العلامة في التذكرة والمختلف الى جواز الرجوع ما لم يقبل عملا بالاصل ونفي الضرر المنفي بقوله تعالى ما جعل عليكم في

الدين من حرج [illegible]

[illegible]

٢٢٩

[illegible]

٢٣٠

[illegible]

مع وجود الأب وإذا كان كذلك فلم لم يرض الولد بقضاء الدين وإنفاذ الوصايا مع وجودهما بهم كان الأب أولى بذلك من غيره حتى
الحاكم كما هو أولى في الأطفال كما نبه عليه في كره وبه القول يكون الحاكم أولى بوصاياه والأب أولى بديونه إلى الشافعية وإذا
كان عدم الأوصياء موجبا لولاية الأب على ذلك دل على أن للأب حق الولاية على وصية ابنه كما له الولاية على أولاده فإذا أوصى
الابن إلى غيره يجب أن لا يكون صحيحا كما لو أوصى بأولاده إلى غيره فنبه المص كما يأذكر من محققيا في أداء الحقوق على ذلك وجه أن
ثبوت ولاية الجد على الأطفال ليست على حدها على الوصايا فإن تلك ثابتة بالأصل بحق النسب والوصية ليست كذلك ولا يلزم
من ثبوتها له بعد من الوصية على تقدير تسليم ثبوتها لنفسها كما أن الحاكم له الولاية على الوصايا مع عدم الوصي وليس له
ذلك مع وجوده فالملازمة ممنوعة قوله وإذا أوصى بالنظر إلى شيء معين اختصت ولايته ولا يجوز له التصرف في غيره
وجرى مجرى الوكيل في الاختصاص على ما وكل فيه لما كانت الوصية بالولاية استنابة من الموصي بعد موته في التصرف فيما
كان له التصرف فيه من قضاء ديونه واستيفائها ورد الأمانات واسترجاعها والولاية على أولاده وإن تولوا الذين له عليهم
الولاية من الصبيان والمجانين والسفهاء والنظر في أموالهم والتصرف فيها بما لهم فيه الحظ وتفريق الحقوق الواجبة
المتبرع بها ونحو ذلك كان الاستنابة تابعة لاختيار الموصي في التخصيص ببعض هذه والتعميم لأن ذلك حق له فيتبع
فيه رأيه وربما انطلقوا الأوصياء في الفطانة [illegible] جميع هذه الأشياء وبعضهم لا اطلاع على أمر المعيشة وضبط
الأموال والقيام بها بإصلاحها وحفظها فإذا نصب له الوصية في ذلك احدا فلا يخلو إما أن يعمم له الولاية أو يخصها بشيء دون
شيء أو يطلق فإن عممها بأن قال أنت وصيي في كل قليل وكثير وفي كل مالي أو في كذا وكذا مما فصلناه سابقا
حتى استوفى الجميع ونحو ذلك كان له الولاية في جميع ما تناوله اللفظ مما له فيه ولاية من كذا وكذا فيدخل فيه الأموال والأولاد
وإن خصها بشيء دون شيء أو بوقت دون وقت أو بحال دون حال اختصت ولايته بما عين له ولا يتجاوزه فالتخصيص بالأشياء
كان يقول أنت وصيي فيما أوصيت به يوم الدفن أو فيما ذكرته في وصيتي وكان قد ذكر أشياء مخصوصة أو بكتب ويتقيد
ثم يقول فصلت ووثقت في ذلك أو فيما أوصيت به فلانا ونحو ذلك والتخصيص في الأوقات بأن يقول أوصيت إليك
إلى سنة أو إلى أن يبلغ ابني فلان أو إلى أن يحضر فلان الغائب وبالأحوال إلى أن يوصي إلى زوجته إلى أن يتزوج أو إلى الأب
إلى أن يقع منه كذا ونحوه ذلك أو ما دام على صفة كذا ونحو ذلك وإن أطلق بأن قال جعلت ولدي أو وصيي فإن اقتصر على ذلك
كان لغوا كما لو قال وكلتك ولم يبين ما وكله فيه ولو قال إليه قوله على أولادي ولم يذكر التصرف انصرف إلى حفظ مالهم
لأنه المتيقن ويحتمل قويا جواز التصرف فيما فيه الغبطة لأن المفهوم عرفا من هذا اللفظ إقامته مقامه خصوصا عند من يرى
أن المفرد المضاف يفيد العموم وفي المسألة وجه ثالث وهو عدم الصحة ولم يبين ما وصي إليه وحيث يختص الوصي بشيء دون
شيء يجوز تعدد الأوصياء لا على سبيل الاشتراك في ذلك الأمر ولا على سبيل الانفراد فيه بل يجعل له وصيا على حفظ مال
أولاده ووصيا آخر على الإنفاق عليهم وثالثا على إنفاذ وصاياه وحقوقه وقضاء ديونه واستيفائها ويخص كل واحد بما
عين له ويجوز مع ذلك تعميم بعضهم وتخصيص آخرين على الاجتماع والانفراد والتفريق قوله الصفات المراعاة في الوصي يعتبر
حالة الوصية وقيل حين الوفاة فلو أوصى إلى صبي فبلغ ثم مات الموصي صحت الوصية وكذا الكلام في الحرية والعقل واختلف
الأصحاب وغيرهم في وقت اعتبار الشروط المعتبرة في صحة الوصاية من التكليف والإسلام والحرية والعدالة هل هو
عند الوصية أو عند الموت أو من حين الوصية مستمرا إلى أن يموت أو من حين الوصية إلى أن ينفذها بعد الموت على أقوال أحدها

داو

وهو مختار الأكثر ومنهم المص الأول وهو اعتبار وجودها حالة الوصية بمعنى وجودها قبلها باقية إليها تنفيذا للشرطية
فإن الشرط يعتبر تقدمه على المشروط ولو بآن ما ووجه هذا القول أنه وقت إنشاء العقد فإذا لم يكن جامعا
إياها موجودة لم يكن العقد صحيحا لأن عدم الشرط يوجب عدم المشروط كما في شرائط سائر العقود ولأنه في وقت الوصية
ممنوع من التفويض إلى من ليس بالصفات والنهي في المعاملات إذا توجه إلى ركن العقد دل على الفساد ولأنه يجب على الموصي
أن يكون بحيث لو مات الموصي كان نافذ التصرف مشتملا على صفات الوصاية وهو هنا منتف لأن الموصي لو مات في هذه
الحال لم يكن الوصي أهلا لها وفي هذا الأخير نظر لأن من يكتفي بوجودها حالة الموت يحصل على ما هو المطلوب فإن الموصي إذا
زمن موته بعد الوصاية وبلا فصل قبل أن يجمع الوصي بالصفات لا يكون نافذ التصرف من حيث إن الموصي قد مات وهو غير
جامع لها أو ذلك كاف في البطلان وثانيها أن المعتبر اجتماعها عند الوفاة حتى لو أوصى إلى من ليس بأهل فاتفق كماله عند الوفاة
صحت الوصية لأن المقصود منها التصرف بعد الموت فيعتبر اجتماع الشرائط لأنه محل الولاية ولا حاجة إلى وجودها قبل
ذلك لانتفاء الفائدة وضعيف بأن الوصاية لما كانت عقدا ولم يحصل شروطها حالة الإيجاب وقع العقد فاسدا ولأنه
إن الولاية حالة الموت خاصة بل هي ثابتة من حين الوصية وإنما المتأخر التصرف كالوكالة المنجزة المشروط فيها التصرف
بعد وقت حتى لو قال له الموصي إذا مت فأنت وصيي في كذا وقع لغوا وثالثها اعتبارها من حين الوصية إلى حين الوفاة
وهو مختار الشهيد في شرح الوصية فلما تقدم في توجيه القول الأول وأما استمرارها إلى حين الوفاة فلأن الوصاية
من العقود الجائزة فمتى عرض لها اختلال أحد شرائطها بطلت كنظائره ولأن المعتبر في كل شرط حصوله في جميع أوقات المشروط فمتى
اختل في أثناء الفعل وجب فوات المشروط إلا ما استثني في قليل من المواد بدليل خارج وربما يقال إنه لا يستثنى منه
شيء لأن ما خرج عن ذلك يرجع إلى الفعل المحكوم بصحته عند فوات الشرط ليس مشروطا به مطلقا بل في بعض الأحوال
دون بعض وهذا أولى ورابعها أن المعتبر وجود الشرائط من حال الوصية إلى أن ينتهي متعلقها بأن يبلغ الطفل ويخرج
الوصايا ويقضي الديون ونحو ذلك لأن اشتراط هذه الأمور يقتضي فوات مشروطها متى فات بعضها في كل وقت فلو عرض فوات
بعضها بعد الوصية إلى قبل انتهاء الولاية بطلت وهذا هو الأقوى واعلم أن الذي يقتضيه كلام الأصحاب وغيرهم من الباب
في هذه المسألة أن من يعتبر وجود الشرائط حالة الوصية لا يعتبر استمرارها إلى حالة الموت ولا كان القول الأول هو القول
الثالث مع تصريحهم بأنهما قولان ثم اشتهر وصرح بعضهم بأن المعتبر على القول الأول وجوده حالة الوصية خاصة وصرح
بذلك الشهيد ومن خالفه قال هذه الشروط معتبرة عند الوصية إلى حين الموت فلو اختل أحدها فيما بين الحالتين بطلت
وقيل يكون حين الوصية تصريح بأن القائل بذلك يكتفي بوجودها حين الوصية وإن لم يستمر وهذا واضح في كونه نقل الأقوال
الثلاثة الأول أيضا حتى عن الشافعية وإنهم جعلوا اعتبارها في الحالين وثانيها وأقوال الثالث إنما بينهما على ذلك
مآل دليل الشرط يقتضي خلافه في ذلك لأن في دليل الشرط يقتضي خلافه في ذلك فإن اختلال الشرائط بعد الوصية
وانعقاد العقد لا يفيد فائدة التي اعتبرت الشرائط لأجلها خصوصا بعد الوفاة وحال التصرف اللهم إلا أن يقولوا إن
قوانها لا يقدح ما دام حيا خاصة لأن الفائدة لا تفوت فيعتبر وجودها حالة الوصية ليصح العقد ولا يضر تجدد تخلفها
إلى حين الوفاة ثم يعتبر وجودها من التصرف وبهاته على ذلك أنهما قائم على أن تجدد الفسق يبطل الوصية حيث يعتبرها
ولم يتعرضوا لغيره من الشروط لمنعه وقوع خلافه فإن البلوغ لا يبطل أصلا والإسلام كذلك غالبا وكذلك الحرية

هذا فيتحقق القول الثالث والرابع ولعل هذا أجود والمحقق الشيخ علي فهم أن في المسألة قولا خامسا مترتبا على القائل باشتراط
الشرائط عند العقد يعتبر استمرارها من حينه إلى الآخر ومعتبر حصولها عند الوفاة يعتبره هناك كذلك إلى الآخر وهذا الفهم من حيث
الاعتبار حسن إلا أن كلامهم ينافيه كما بيناه عليه سابقا فلعلهم قد صرحوا بإرادة خلافه فلأن خصوصا عبارة الشهيد
في شرح الإرشاد وعلى كل حال فكلامهم في هذه لا قال الشيخ مجرد فإن اشتراط استمرار الشرائط من حين الوفاة إلى انقضاء
الولاية ما لا شبهة فيه لحصول الغرض المقصود منها في قال إن المعتبر حصولها حال الوفاة قائل باعتبار استمرارها إلى الآخر
ومن قال إن المعتبر حال الوصية لا يعتبر استمرارها حال الحياة ثم يعتبر وجودها بعد الوفاة فلا ينضبط الكلام ولم ينبهوا عليه
إلا أن استيطان كلامهم يقتضيه ولو لا تصريحهم بذلك لكان ما ذكره الشيخ علي متجها وعلى هذا فيتحرر جمع الأقوال أنه
اعتبار الشرائط حال الوفاة مستمرة لاعتبارها حين الوصية وإن انتفت بعدها حال الحياة ثم يعتبر وجودها بعد الوفاة
مستمرة قوله يصح الوصية على كل من للموصي عليه ولاية شرعية كالولد وإن نزل بشرط الصغر فلو أوصى على أولاده الكبار العقلاء
أو على أبيه أو على أقاربه لم تمض الوصية عليهم ولو أوصى بالنظر في المال الذي تركه لهم أمضي له التصرف ولا في ثلثه وفي
في إخراج الحقوق قد تقدم ما يدل على هذا الحكم وبقي ما يتعلق بخصوص هذه العبارة فإن قوله يصح الوصية على كل من للموصي
عليه ولاية يدخل فيه الأب إذا أوصى على الولد مع وجود الجد فإن يصدق أن الموصي له عليه ولاية فإن ولايته حالة الوصية و
حالة الحياة ثابتة قطعا وإنما انتقلت إلى الجد بعد وفاته ولو حمل على أن الذين له عليهم ولاية حالة التصرف وهو ما بعد الموت لم
يصح أيضا لأن المعتبر حصول الشرط حالة الوصية مستمرا كما مر ولو أريد من له عليه ولاية مستمرة إلى ما بعد الموت فينتقض بالموت
الولاية فلا يتم أيضا وكان الأنسب التقييد بانتفاء الجد كالسابقة وقوله بشرط الصغر فيه قصور أيضا لأن شرط الصغر كما
بل يشترط عدم الكمال إذ لو ارتفع الصغر واستمر مجنونا أو سفيها بقيت ولاية الأب مستمرة كما مر في بابه والكلام في محل الوصية في حكم
المفرق مع الوصية على الكاملين كما سلف من افتقارها إلى الضبط بدليل على جملة وصيا في الجميع فتصح فيما له فيه الولاية ويبطل في
الباقي واعلم أنه على تقدير نصيبه وصيا في إنفاذ الوصية ووفاء الدين مع كون الورثة كبارا ليس للوصي المفوضة التركة
لأجل ذلك الإبانة لهم لأن لهم إمساكها وقضاء الدين من مالهم بناء على القول المشهور من انتقال التركة إليهم بالموت مطلقا
وإنما يظهر فائدته في نفس التصرف ثم إن دفعوا إليه من مالهم ما ينفذ منه الوصية أو دفعوا إليه بعض التركة فلا إشكال وإن امتنعوا
ألزمهم الحاكم بأحد الأمرين إما البيع أو الأداء من مالهم لتبرأ ذمة الموصي فإن لم يكن ذلك رفع أمره إلى الحاكم إن اتفق ليلزمهم بأحد الأمرين
أو يبيع عليهم لأنه ولي الممتنع من أداء الحق فإن تعذر جميع ذلك جاز له أن يبيع من التركة ما يقضي به الوصية ويوفي به الدين من غير إشكال
في ذلك الأصلح للبيع بالنسبة إليهم فالأصلح إن أمكن بيعه والإتباع الممكن ويحتمل التخيير في المال مطلقا مع امتناعهم لأن الدين مقدم
على الإرث والخيرة حينئذ من قبلهم والأول أجود هذا كله مع الإطلاق الوصية بقضاء الدين أما لو أوصى إليه ببيع شيء من تركته في
قضاء دينه لم يكن للورثة إمساكه بل كان للوصي امتثال أمر الموصي وكذا لو قال ادفع هذا العين إلى فلان عوضا عن دينه إلا
في اعتبار الأموال الغرض أيضا قوله ويجوز لمن يتولى أموال اليتيم أن يأخذ أجرة المثل عن نظره في ماله وقيل يأخذ قدر كفايته
وقيل أقل الأمرين والأول أظهر المراد بالمتولي لمال اليتيم من له عليه ولاية شرعية سواء كانت بالأصالة كالأب والجد أم لا
كالوصي وقد اختلف في تقدير ما يجوز له أخذه على أقوال أحدها أن له أخذ أجرة المثل عن عمله وهو اختيار المص لأنها عوض عمله وعمله محترم
فلا يضيع عليه ويسقط بأجرة مثله والثاني أن يأخذ قدر كفايته لظاهر قوله تعالى ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف والمعروف ما لا إسراف فيه ولا

نقيم

تقتير والثالث أنه يأخذ أقل الأمرين من الأجرة والكفاية لأن الكفاية إن كانت أقل من الأجرة فلأنه مع حصولها يكون غنيا ومن كان
غنيا يجب عليه الاستعفاف عن بقية الأجرة وإن كانت أجرة المثل أقل فإنما يستحق عوض عمله فلا يجعل الحق زائدا عليه ولأن العمل
لو كان لمكلف يستحق عليه الأجرة لم يستحق أزيد من أجرة مثله فكيف يستحق الأزيد مع كون المستحق عليه يتيما وفي صحيحة عبد الله بن سنان عن
الصادق عليه السلم قال سئل وأنا حاضر عن القيم لليتامى في الشراء لهم والبيع فيما يصلحهم أله أن يأكل من أموالهم فقال لا بأس أن
يأكل من أموالهم بالمعروف كما قال الله تعالى في كتابه وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم
ولا تأكلوها إسرافا وبدارا أن يكبروا ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف وهو القوت وإنما عنى
فليأكل بالمعروف الوصي لهم والقيم في أموالهم بما يصلحهم والتحقيق أن الأكل بالمعروف يحتاج إلى تنقيح فإن أريد به الأكل المتعارف
كما يظهر من الآية والرواية وجعل مختصا بالقوت لا يتعدى إلى عيال فلا منافاة بين الفقر وحصول الكفاية منه لجواز الافتقار
لأن حصول القوت يحتاج معه لبقية مؤنة السنة من نفقة وكسوة ومسكن وغيرها حتى يتحقق ارتفاع الفقر وإن لم يشترط
حصول ذلك في نفقة عيال الوصي الفقير ومع قطع النظر عن الاستدلال لا يثبت أقل الأمرين لأنه مع حصول الكفاية يكون غنيا
يجب عليه الاستعفاف عن بقية الأجرة غير صحيح وإن أريد مطلق التصرف كما هو المراد من قوله ولا تأكلوها إسرافا وبدارا
ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما وغيره للسفه المعروف من ذلك عرفا واللغة المراد
ليعتبر معه أقل الأمرين لأن التصرف على هذا الوجه يختلف باختلاف الأشخاص والحاجة وربما أدى ذلك إلى الإجحاف باليتيم
وقوله في الرواية هو القوت تخصيص بمعنى الأكل إلا أنه ليس بصريح في اختصاصه بالأكل بنفسه لما عرفت من أن الأكل يستعمل
لغة فيما هو أعم من ذلك وحمل كل معنى فسر الأكل لا يتم الحكم فيه على الإطلاق لأن العمل ربما كان قليلا والقوت كثيرا فيؤدي إلى
الإضرار باليتيم زيادة على المكلف فاعتبار أجرة المثل مطلقا أجود ويكون حمل الأكل بالمعروف عليه لأن أجرة المثل إن كانت أقل
بالمعروف بين الناس أن الإنسان لا يأخذ عوض عمله من غير زيادة عن عوضه المعروف وهو أجرة مثله وبمثل هذا يستحق كلا
بالمعروف والزيادة عليه كلا بغير المعروف هذا إذا كان فقيرا أما لو كان غنيا فالأقوى وجوب استعفافه مطلقا عملا بظاهر الآية
وبذلك يتحقق قول رابع وهو استحقاق أجرة المثل مع فقره وذهب بعضهم إلى قول خامس وهو جواز أخذ أقل الأمرين من
أجرة مثله وكفايته مع فقره ولو تحقق للكفاية معنى منضبط كان القول بجواز الأقل ومثبتوا أحد الأمرين من غير تقييد
بالفقر حملوا الأمر بالاستعفاف على الاستحباب ادعوا أن لفظ الاستعفاف مشعر به وله وجه واعلم أن هذا كله مع نية أخذ
العوض بعمله أما لو نوى التبرع بعمله لم يكن له أخذ شيء مطلقا ولو ذهل عن القصد فالأجواز الأخذ لأنه مأمور بالعمل
من الشارع فيستحق عوضه ما لم ينو التبرع لأنه عمل محترم كالأمر بعمل له أجرة في العادة فإنه يستحق عليه أجرة المثل ما لم ينو
التبرع كما ذكروه في باب الخلع إذا قلنا بجواز أخذ الكفاية للأذن فيها من الشرع من غير قيد فيشمل ما إذا نوى العوض
أو لم ينو قوله إذا أوصى لأجنبي بمثل نصيب ابنه وليس له إلا واحد فقد شرك بينهما في تركته فللموصى له النصف فإن لم يجز
الوارث فله الثلث وإن كان له ابنان كانت الوصية بالثلث ولو كان له ثلاثة كانت بالربع والضابط أن الوارث ويجعل كأحدهم
إذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته وعينه كان ينبغي في الوصية من الثلث إجماعا واختلف في تقديره فالمعروف من مذهب
علمائنا أن الموصى له يكون بمنزلة وارث آخر مضافا إلى الورثة ويساوي الموصى له والوارث إن تساووا وإن تفاضلوا جعل
كأقلهم نصيبا لأن ذلك هو المتيقن والزائد مشكوك فيه فلو كان له ابن واحد وأوصى بمثل نصيبه لزيد فرض كأن للابن

فيكون الوصية بالنصف فان اجاز الابن اخذ الموصى له النصف والابن النصف وان رد كان للموصى له الثلث والباقي للابن ولو كان له ابنان فاوصى بمثل نصيب احدهما فللموصى له مثل نصيب احدهما مزادا على الفريضة فيكون كل واحد منهم ثلثا وقال جماعة من العامة انه يعطى مثل نصيب المعين او مثل نصيب احدهم اذا كانوا متساوين من اصل المال ويقسم الباقي بين الورثة ان نفذ والا نصيب الوارث قبل الوصية من اصل المال فاذا اوصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فله جميع المال وان كانا اثنين فالوصية بالنصف وان كانوا ثلثة فله الثلث وقال العلامة في التذكرة ... ثم رجح مذهب الاصحاب واحتج بان التماثل يقتضي شيئين والوارث لا يستحق شيئا الا بعد الوصية النافذة بالوارث الموصى له بمثل نصيبه لا نصيب له الا بعد الوصية ... يكون مال الموصى له مماثلا لنصيبه بعد الوصية وعلى ما ذكر ... ان الوصية مع الواحد بالجميع ومع الاثنين بالنصف ومع الثلثة بالثلث لا يكون هناك نصيب للوارث مماثلا لنصيب الموصى له وهو خلاف مدلول الوصية ... الوصية فيقام فريضة الميراث ويزاد عليها مثل سهم الموصى بنصيبه ... ولم يكن وصية واعلم ان هذه المسئلة واشباهها من المسائل الدقيقة لان معرفة نصيب الوارث متوقفة على اخراج ... ومعرفة نصيب الموصى له انما يكون اذا عرف نصيب الوارث الا ان المخلص منها سهل بطريقة الحوسين ... لم يتعرضوا لها ... وسيعرض المصنف امثلة لو جعل للموصى له مثل نصيبهم مع تساويهم في الميراث ومع اختلافهم ... له مثل اقلهم ومثل اعظمهم ... ما اجمله المصنف في هذه المسئلة قوله ولو قال له مثل نصيب بنتي فحينئذ يكون له النصف ان لم يكن وارث سواها او يرد الى الثلث اذا لم يجز ولو كان له بنتان كان له الثلث لان المال عندنا للبنتين دون العصبة فيكون الموصى له كثالثة اذا اوصى له بمثل نصيب بنته ولا وارث سواها فعندنا له النصف ان اجازت والثلث ان لم تجز لانها تاخذ المال كله بالفرض والرد فيكون حكمها حكم الابن في الوصية بمثل نصيبها ولو كان له بنتان فله الثلث لان المال عندنا للبنتين دون العصبة فيكون الموصى له كبنت اخرى وهو واضح وعند العامة لو كان له بنت واوصى بمثل نصيبها فالوصية بالثلث لان المسئلة عندهم من اثنين للبنت واحد وللعصبة واحد ولو لم يكن وصية فيزيد على الاثنين سهما ويعطيه سهما من ثلثة ولو كان له ابنتان فالوصية بالربع لان المسئلة من ثلثة لولا الوصية لكل واحدة سهم وللعصبة سهم فيزيد للموصى له سهما فتبلغ اربعة والى الرد على هذا اشار المصنف بقوله لان المال عندنا للبنتين دون العصبة قوله ولو كان له ثلث اخوات من ام واخوة من اب فاوصى لاجنبي بمثل نصيب احدهم ... كان لكل واحدة من الاخوات فيكون له سهم من عشرة وللاخوات من الام ثلثة وللاخوة ستة ... وكان مخالفين في النصيب ... اقلهم نصيبا فان الاخوات من الام الثلث وللاخوة الثلثان ... الفريضة من ثلثة ... ثم ينكسر على الفريقين وعددهما متماثل ... بلغ تسعة للاخوات الثلث ثلثة لكل واحدة سهم وللاخوة ستة ... فاذا اوصى بمثل نصيب احدهم حمل على نصيب اقلهم ... فيزيد على الفريضة واحد ... هنا بعشر التركة واعلم ان الحمل على نصيب الاخوات ... مع كونهم اربعة وخمسة فلو كانوا ستة ... ثم المثال مع ان التعبير بالاخوة من غير بيان عددهم ... كالا يخفى

قوله ولو كان له زوجة وبنت وقال مثل نصيب بنتي واجازت الورثة كان له سبعة اسهم وللبنت مثلها وللزوجة سهمان ولو قيل لها سهم من خمسة عشر كان اولى ... فهذا المثال اذا اوصى له بمثل نصيب اعظمهم وطريقه على ما سبق ان يصحح فريضة الميراث ... الاولاد وهي هنا من ثمانية للزوجة الثمن سهم وللبنت الباقي وهو سبعة اسهم ويزاد عليها مثل نصيب من اضيف اليه الوصية وهي هنا البنت فيكون مجموع التركة خمسة عشر هذا هو الصواب الذي جعله المصنف اولى وهو سبق ... ما ذكره اولا ... جعلها ستة عشر للزوجة سهمان ... البنت الموصى له سبعة فهو قول الشيخ ... وهو سهو من قلم لانه على هذا ... النقص ... ويكون الوصية من نصيب البنت خاصة ويكون سهم الزوجة تاما من اصل التركة لان الاثنين من الفريضة التي هي ستة عشر ... والوصية من اصل التركة ويدخل النقص بها على جميع الورثة ... عشر على ما فصلنا في السابق وهو تصحيح فريضة الميراث ثم زيادة مثل نصيب من اضيف اليه الوصية ليشترك الجميع في النقص هذا كله مع اجازة الورثة ولو لم تجز ... الشرعية للزوجة سهم وللبنت سبعة ... الاخرى ... بين الاثني عشر والخمسة عشر ... فيضرب ثلث احدهما في الاخرى ... من مسئلة الاجازة ... فذلك نصيبه والباقي للموصى له ... مسئلة الاجازة في مسئلة الرد ... الاجازة فلو اجازت البنت ... ثمانية وعشرين ... خمسة عشر يبلغ خمسة ... وهو سبعة وعشرون الموصى له ... الاجازة وهو واحد في اربعة وفي مسئلة الرد ... الاجازة وهو خمسة يبلغ خمسة وثلثين والباقي وهو احد وعشرون للموصى له ... ثمانية وعشرون وللبنت ... وللزوجة اربعة ومع ردهما عشرون للبنت خمسة وثلثون وللزوجة خمسة ومع اجازة احدهما ... ولو انعكس الفرض بان اوصى له بمثل نصيب الزوجة واجازت فللموصى له التسع لانك نصيب الزوجة وهو واحد على الفريضة ... هنا ايضا يجعل للزوجة سهما من ثمانية وللموصى له سهما وللبنت ستة فاخرج الوصية من نصيب البنت خاصة والصواب ادخال النقص عليهما فيكون من تسعة قوله ولو كان له اربع زوجات وبنت فاوصى بمثل نصيب احديهن كانت الفريضة من اثنين وثلثين يكون للزوجات الثمن اربعة بينهن بالسوية ولها سهم واحد يبقى سبعة وعشرون للبنت ... القول الاقرب ... الفريضة ثمانية نصيب الزوجات الاربع ... فيضرب عددهن في الفريضة يبلغ اثنين وثلثين ... تمام نصيبه ... نصيب البنت خاصة ... كما ... على الفريضة ليدخل النقص على الجميع فيكون له واحد من ثلثة وثلثين وهو ... ولو كانت الوصية بمثل نصيب البنت ... ثمانية وعشرين ... وان رد ... نصف الفريضة ... للموصى له ثلث المجموع ويكون الثلثان ... ان يعين الموصى له ثلثها ستة عشر وللزوجات اربعة وللبنت ثمانية وعشرون ...

الاجازة وهو هنا جزء من اثني عشر هو نصف السدس في مسئلة الرد او بالعكس فيضرب خمسة في ثمانية واربعين او اربعة في ستين يبلغ مائتين واربعين فمن اجاز اخذ نصيبه من مسئلة الاجازة مضروبا في وفق مسئلة الرد ومن رد اخذ نصيبه من مسئلة الرد مضروبا في وفق مسئلة الاجازة فمع اجازة البنت يكون لها مائة واثنا عشر هو الحاصل من ضرب ثمانية وعشرين في اربعة وللزوجات عشرون هو الحاصل من ضرب الاربعة في خمسة والباقي وهو مائة وثمانية للموصى له ومع اجازة الزوجات ... ستة عشر مضروب اربعة في اربعة وللبنت مائة واربعون والباقي وهو ... وللموصى له ... ولو اجاز بعض الزوجات ... قوله ولو اوصى لاجنبي بنصيب ابنه قيل تبطل الوصية لانها وصية بمستحق وقيل تصح ويكون كما لو اوصى بمثل نصيبه وهو اشبه القول بالبطلان للشيخ ... معللا بما ذكره ... من انها وصية بمستحق الولد ... كالوصية بمال الغير ... الوصية ... على ان يكون للابن نصيب ولا يكون له نصيب حتى تبطل هذه الوصية لان الابن لا يملك ... ادين ... ان لم يثبت له نصيب ... سبيلا الى الحمل على الحقيقة ... الملك نصيبه ... من التركة وهذا مجاز شايع ... للوارث حتى يبطل ... اما المحتجون على البطلان ... الميراث ... ملكه للموصى وان كان قد تعلق بها حق ... على هذا التقدير ... للتفصيل ... وجعل ... في جميع التركة فيكون الوصية بنصيبه ... النصيب على الحقيقة حملناه على مجازه وهو المثل ... يكون نصا على تشريكه معه ... التركة والمثل ... للتعذر والحمل على الحقيقة ...

صرفه الى المجاز ... الوجه فيما قررناه سابقا وعليه فالمثل يراد به مجموع التركة ... كان من حمل هذه الوصية على المثل والمطلق لا يعلم منه ... المسئلة ان الموصى ان قصد بكلامه هذا ... على تقدير الموت فالوصية باطلة وان قصد نصيبه الذي يستحقه ... من الوالد الواحد اذا انحصر الارث فيه يكون نصيبه جميع التركة فالوصية بجميع التركة وان قصد به كون الموصى له شريكا للابن ... نصيبه بتقدير المثل فالوصية بالنصف وهذا كله لا اشكال فيه وان اطلق ... يكون موصيا بجميع التركة كما حققناه واعلم ان المحقق الشيخ علي ... البطلان والثاني الحمل على المثل ... المشاركة بالنصف كما لو اوصى له بمثل نصيبه ... ان نقل في المسئلة قولين البطلان وصحة الوصية ويكون بمنزلة ما لو اوصى له بمثل نصيب ابنه ... حق للابن ... المحققة ولو اوصى بجميع ماله ... الوصية وبه قال الشافعي وابو حنيفة وقال مالك واهل البصرة وابن ابي ليلى ... بجميع المال ... واذا كان له ابن فقال اوصيت له بنصيب ابني فان هذه وصية باطلة ... الاحتمال ... فما حمله على النصف كما لو اوصى بلفظ المثل ... ما يؤذن ... ارادة النصف من القائل بالصحة لانه قال في شرحه ... المثل ... ارادة المثل حقيقة ... ثلثة اوجه وقال الرافعي في الشرح الكبير لو قال اوصيت بمثل نصيب ابني ... وذكر ... والحاصل ان حمله على الوصية بالجميع ... قوله ولو كان له ابن قاتل فاوصى بمثل نصيبه قيل صحت الوصية وقيل لا تصح لانه لا نصيب له وهو اشبه ... اشار اليه المصنف ... العقلي ... ان كان الموصى عارفا بان الابن قاتل ... قوله اذا اوصى بضعف نصيب ولده كان له مثلاه ولو قال ضعفاه كان له ثلثة امثاله وقيل اربعة ... وكذا لو قال ضعف نصيبه اختلف الفقهاء واللغويون في معنى الضعف ... الجوهري ضعف الشيء مثله وضعفاه مثلاه واضعافه امثاله وقال ابو عبيد القسم بن سلام الضعف المثل قال تعالى يضاعف لها ...

العذاب ضعفين اي مثلين وقال تعالى آتت اكلها ضعفين اي مثلين واذا كان الضعف مثلان فالواحد مثل وقال
الازهري الضعف المثل فما فوقه وليس بمقصور على مثلين فاقل الضعف محصور في الواحد واكثره غير محصور وقال الخليل
الضعف ان يزاد على اصل الشيء فيجعل مثلين او اكثر وقال ابو عبيدة معمر بن المثنى ضعف الشيء هو ومثله وضعفاه هو ومثلاه
وقال في الجواهر هذا ضعف هذا الشيء اي مثله وقال قوم مثلاه وذكر ابن الاثير ان الضعف مثلان قال وقيل ضعف الشيء
مثله والاشهر بين الفقهاء ما اختاره المص من ان الضعف مثلان بل نقل الشيخ في الخلاف عن عامة الفقهاء والعلماء وان
كان هذا التعميم لا يخلو من تجوز فقد سمعت من كلام اهل اللغة والفقهاء ايضا مختلفون كاهل اللغة ويشهد للمشهور قوله
تعالى اذا لاذقناك ضعف الحيوة وضعف الممات اي عذاب الدنيا وعذاب الآخرة مضاعفا وقوله تعالى فاولئك لهم جزاء
الضعف وقوله وما آتيتم من زكوة تريدون وجه الله فاولئك هم المضعفون ولم ينقل الله خلافا في الضعف كما نقله
غيره انه المثل مستقبلا فاله واما ضعفا الشيء فعلى تفسير المثل يكون مثلاه وعلى التعميم يكون اربعة امثاله لان ذلك هو
الحاصل من انضمام مثلين الى مثلين على ما اخترنا وكونه ثلاثة امثاله انما نقل من اهل اللغة من ان ضعف الشيء هو ومثلاه
فيكون ثلاثة امثاله على تقدير حصول الشك فيها وفي الاربعة لاختلاف اهل اللغة فالمتيقن هو الثلاثة ولا يرد انهم
من جعله مثليه فيكون هو المتيقن ايضا المصنف هذا القول وتشتته فلم يعتد به في المثل وحمل على المجاز لانه خير من
الاشتراك ولعل ايضا ان ضعف الشيء ضم مثله اليه فاذا قال ضعفاه فمعناه ضم مثليه اليه فيكون ثلاثة واما ضعف
الضعف فقد قال المص انه كالضعفين اي في القولان والمختار عنده انه ثلاثة امثاله وذلك لان من قال ان الضعف
مثلان فتضعيفه مرتين وهو اربعة امثاله فيكون للموصى له ضعف ضعف النصيب ومن قال النعم مثل الشيء اليه في
هذا الفهم وزيادة مرة اخرى فيكون ثلاثة وضعف بخلاف التفسير بين السابقين للتضعيف لان من جعله المثل فالضعف مثلان
ومن جعله مثلين لزم ان يكون تضعيفه اربعة ولما اعتبار المضعف ماهية فيه ان الضعف عند هذا القائل هو المجموع من المماثل و
الزائد لا ضم الزائد والاتكان هو القول بالمثل وبالجملة فاسد القول بان ضعف الضعف ثلاثة امثاله المضعف حيث وافق
المص عليه العلامة في كره وغيره في المسألة وجه ثالث ان ضعف الضعف ستة امثاله بان يكون الضعف ونحوه
مضعف بان الوصية بالضعف خاصة ورابع بانه مثل واحد بناء على ان الضعف هو المثل وضعف الضعف مثل المثل والمثل واحد
فمثله كذلك وقد عرفت ضعفه لكن المبني عليه وقد ظهر ان ارجح الاقوال كون ضعف الضعف اربعة امثاله قوله اذا اوصى
بثلثه للفقراء وله اموال متفرقة جاز صرف كل ما في بلد الى فقرائه ولو صرف الجميع في فقراء بلد الموصي جاز ايضا لا اشكال
في جواز صرف كل ما في بلد الى فقرائه لحصول الغرض من الوصية وعدم وجود مانع منه واما صرفه في بلد الموصي فكذلك ان لم يستلزم
تغريرا بالمال بسبب نقله ولا تأخير اخراج الوصية مع امكان التعجيل والا اشكل الجواز لذلك نعم لو فرض عدم المستحق في بلد المال
وعدم الخطر في نقله فلا اشكال ولو فرض اخراج قدر الثلث في بلد الموصي من المال الموجود فيه وترك الاموال المتفرقة للورثة مع
بذلك صح ايضا مع اعتبار اخراج ثلث المال بالقيمة لا الاخراج من كل شيء وان كان اطلاق الثلث يقتضي الاشاعة الا ان يتعلق غرض
الموصي بشيء من الاعيان او بالجميع فيتبع مراده ولو كان نقل المال الى البلد لغرض صحيح كالحاجة الى المستحق فيه او وجود الحاكم فيه ونحو ذلك
جاز ايضا كما يجوز نقل الزكوة والحجة لذلك ان لم يجز قوله ويدفع الى الموجودين في البلد ولا يجب تتبع من غاب لان الفقراء
غير محصورين فلا يجب الاستيعاب ولا يتبع من ليس في البلد لذلك وينبغي عدم وجوب استيعاب من في البلد منهم وجهان الموصي لم
يستحقوه على جهة الاشتراك لاعتبارهم بيان المصرف كالزكوة وبهذا يظهر ان عدم وجوب التتبع رخصة وانه لو صرف الى غير الموجودين

اواليهم

٢٣٤

او اليهم والحصر جاز قوله وهل يجب ان يعطي ثلثه فصاعدا قيل نعم وهو الاشبه ملاحظة لمقتضى اللفظ وجه وجوب الدفع الى
ثلثه فصاعدا ان الفقراء جمع واقله ثلثة على المختار ومن قال ان اقله اثنان اكتفى بهما فعلى هذا لا يجوز ان ينقص من
ثلثه فان لم يوجد في البلد ثلثة وجب الاكمال في غيره مراعاة للفظ الجمع وان الحكم ليس لبيان الفقر كما مر والا لاكتفى
بالواحد ويشكل بانه ان كان للاشتراك وجب تتبع الممكن وان كان لبيان المصرف لزم الاكتفاء بواحد فالجمع بين وجوب
استيعاب من في البلد وعدم وجوب صرفه الى غيرهم مع وجوب الدفع الى ثلثة لا يخلو من اشكال ولعل الوجه جوازه مراعاة
الجمع يوجب الثلثة فصاعدا او استيعاب من حضر لاشتراكهم في الاستحقاق وعدم وجوب الدفع الى من عداهم رخصة وتخفيف
قوله وكذا لو قال اعتقوا رقابا وجب ان يعتق ثلثة فما زاد الا ان يقصر ثلث الموصي فيجب عتق الثلثة هنا مع سعة الثلث
بلا اشكال عنده مراعاة لصيغة الجمع ولو قصر الثلث عن الثلثة اقتصر على ما يسعه اذ لا يسقط الميسور بالمعسور ولا يرد ان
الموصي به مسمى الجمع وقد تعذر فينبغي ان يبطل الوصية او يتوقع تنفيذها ان رجي لان معنى الجمع واحد وواحد
وواحد انما اقتصر على لفظ الجمع كما نص عليه اهل العربية فانهم قالوا رجال في قوة رجل ورجل ورجل فلا يسقط البعض
بالعجز عن البعض كما لو اوصى بعتق الثلثة مفصلا بهذا اللفظ وعلى هذا فلو قصر الثلث الا عن واحد وجب الواحد ثم ما عتق
الواحد ولو قصر عنه فهل يجب اعتاق شقص مع الامكان قولان اقربهما الوجوب لان وجوب عتق الجزء الثابت بالكل
والعموم اذا امرتكم بامر فاتوا منه ما استطعتم ووجه العدم ان لفظ الرقبة لا يدل على البعض الا تضمنا والدلالة التضمنية
تابعة للمطابقية فاذا فات المتبوع انتفى التابع وجوابه ان عتق الرقبة لما لم يتحقق الا بعتق جميع اجزائها كان كل جزء مقصودا
فتعذر وماموراً بالذات لا بالتبعية فيجب بكون فان تعذر فيصرف الثلث في البر او يرجع الى الورثة وجهان تقدم
نظيرهما ولعل الاول اقوى مع امكان صرفه في العتق بشراء شقص في الرقبة مما بعد الوصية والثاني ان تعذر ذلك من الابتداء مع
احتمال صرفه في البر مطلقا لان البر اقرب الى مراد الموصي من الورثة واقرب المجازات متعين عند تعذر الحقيقة قوله اذا اوصى
لاثنين بعبد ولآخر بتمام الثلث ثم حدث في العبد عيب قبل تسليمه الى الموصى له كان للموصى له الآخر تكملة الثلث بعد وضع
قيمة العبد صحيحا لانه قصد عطية التكملة والعبد صحيح وكذا لو مات العبد قبل موت الموصي بطلت الوصية واعطي الآخر ما زاد عن
قيمة العبد الصحيح ولو كانت قيمة العبد بقدر الثلث بطلت الوصية للآخر قوله اذا اوصى لواحد بعبد معين وللآخر بتمام الثلث
باعتبار قيمة العبد مضمرا الى الثلث صحت الوصيتان لوجود المقتضي للصحة فيهما وانتفاء المانع فيقوم العبد بعد موت الموصي لانه
حال نفوذ الوصية وينظر الى باقي التركة فان خرج العبد من الثلث صحت وصيته وينظر بعد ذلك فان بقي من الثلث بقية فهي
للموصى له الثاني والا بطلت وصيته لفوت متعلقها وهذا لا اشكال فيه وانما الكلام فيما لو تغيرت قيمة العبد او قيمة التركة بزيادة
او نقصان قبل موت الموصي او بعده وقبل تسليم الموصى له العبد او بعده وقبل وصول الثلثين الى الورثة او بعده وتحرير الحال ان يقول
قد عرفت ان المعتبر في قيمة التركة بحال الوفاة بالنسبة الى زيادة المال ونقصانه او بالاقل من حال الوفاة الى حين قبض الوارث لان
الوارث لا بد ان يحصل له ضعف ما يحصل بقدر ضعف الوصية ولهذا لو كان له مال غائب لا ينفذ من الوصية الا بقدر ثلث الحاضر وان كانت
خارجة من الثلث بالنسبة الى جميع المال ح فاذا فرض حدوث نقص في التركة قبل قبض الوارث فالنقص على الموصى له الثاني لان
الوصية له بتكملة الثلث بعد الوصية الاول ولا بد من اعتبار خروج الاولى والا ولو حدث عيب العبد قبل تسليمه الى الموصى له فله
تكملة الثلث بعد وضع قيمة العبد صحيحا لان الموصي قصد عطية التكملة والعبد صحيح فاذا تجدد العيب كان ذلك نقصا في العين فلا بد

من اعتبار الناقص مع الباقي فلو فرض ان قيمة العبد صحيحا مائة وباقي التركة خمسمائة فاصل الثلث مائتان والوصية للثاني
مائة فاذا تجدد نقص العبد خمسين مثلا رجعت التركة الى خمسمائة وخمسين وثلثها مائة وثلاثة وثمانون وثلث فاذا وضع
منه قيمة العبد صحيحا بقيت ثلاثة وثمانون وثلث للموصى له ويشكل بان مقتضى الوصية الثانية ان يكون بيد الورثة ضعف
ما بيد الموصى له الثاني بعد اسقاط الاول وهنا ليس كذلك لان الباقي من المال بعد قيمة العبد خمسمائة صحيحا ان يكون نقص العبد
محسوبا من التركة بالنسبة الى الاول ويكون كالباقي فالمتجه ان يكون للثاني مائة والواصل الى الورثة اربعمائة زيادة وهذا ان
نقص العبد باعتبار السوق والعين بحالها ومقدار النقص خمسين كما سبق اعتبر قيمة التركة عند الوفاة ولا ينقص شيء
على الثاني بل يعطى تمام الثلث مائة وثلاثة وثلاثون وثلث والفرق ان العين هنا قائمة بحالها والثلث انما يعتبر عند انتقال الولاية
عن الموصي وهو حال الوفاة علاوة نقص العيب فانه نقص محسوس لانحطاط في العين ولهذا اضمنه الغاصب ويثبت ارشه للمشتري على
البايع دون نقص السوق ولو فرض موت العبد بطلت وصيته لفوات متعلقها واعطى الآخر ما زاد عن قيمته ان لم تستغرق الثلث
فلا يسقط بموته شيء فيعتبر قيمته عند وفاة الموصي لو كان حيا ويحط قيمته من الثلث ويدفع الباقي الى الموصى له الثاني ولو فرض
نقص المال غير العبد كان النقص مائة مثلا فالنقص على الثاني فيكون له ستة وستون وثلثان ولا يجري مجرى موت العبد لان
الفائت هنا على الورثة وهنا على الموصى له الاول لا وجابنا الورثة سوى نعم لو كان تلف المال بعد قبض الوارث الواقع بعد
الوفاة كان محسوبا عليهم فيكون للثاني تمام المائة وفي المسألة تقييد المص وغيره حدوث العيب في العبد قبل تسليمه الى الموصى له
لفائدة يقتضي ان النقص لو كان بعد الموت وقبل تسليمه الى الموصى له يكون الحكم كذلك ويشكل على القول بان القبول كاشف
عن دخوله في ملك الموصى له من حين الوفاة فان النقص حينئذ دخل على ملك الموصى له الاول فلا يجب عليه غيره وكذا تقييد انه لو
سلمه في حيوة الموصي له وحدث العيب قبل موته لا يعتبر نقصه وليس كذلك لان هذا التسليم لا حكم له قوله ولو اوصى له بابيه
فقبل الوصية وهو مريض عتق عليه من اصل المال احتماله لانه انما يعتبر من الثلث ما يخرجه عن ملكه وهنا لم يخرجه بالقبول
والعتق عليه تبعا للملك اذ الانتقال الى المريض من ينعتق عليه اما ان يكون بعوض او بغيره ثم الانتقال اما ان يكون قهريا او
اختياريا والعوض اما ان يكون موروثا او لا فهذه اقسام المسألة والمص مقتصر فيها على قسم واحد وهو انتقاله اليه باختياره
بغير عوض ونحن نبين ما ذكره ثم نتبعه بالباقي فنقول اذا ملكه بغير عوض اختيارا كما لو اوصى له به فقبل الوصية وهو مريض او
وهب له بغير عوض فقبل الهبة فان قلنا ان تبرعات المريض من الاصل عتق من الاصل ولا كلام فيه وان قلنا القول الآخر فقد قال المص
انه يعتق ايضا لم يحكيا الاجماع لانه انما يعتبر من الثلث ما يخرجه المريض عن ملكه بنفسه اختيارا كالمباشر عتقه وهنا لم يخرجه
كذلك وانما اخرجه الله تعالى عن ملكه بالقبول والعتق عليه تبع الملك بغير اختياره فلم يكن مفوتا باختياره شيئا وانما
الفوات من قبل الله تعالى ويشكل هذا بانه لو تم لزم مثله فيما لو اشتراه بالعوض فان مجرد الشراء والتمليك ليس هو المانع
من النفوذ وانما المانع والمفوت على الورثة العتق وهو حصل بغير اختياره كما هو هنا الا ان يجاب عنه بانه هنا فوت على الورثة
الثمن باختياره حيث بذله في مقابلة ما يوجب التلف قطعا بغير فائدة تعود على الوارث فلا يتم الدليل الا باضافة امر اخر وهو انه
لم يخرج شيئا عن ملكه بعوض يحصل به فوات شيء على الورثة وكان الاولى في الاستدلال على هذا التقدير ان يقول انه لم يفوت
شيئا على الورثة من حيث انه ملكه بغير عوض والعتق وقع قهريا والحاصل ان المعتبر في صحة العتق حصول الامرين معا وهما عدم العوض
وكون العتق قهريا فمتى انتفى احدهما اعتبر من الثلث واما ادعاء الشيخ الاجماع على الحكم فبالنظر الى من تقدمه من اصحابنا فانهم لم يظهر له مخالف

٢٣٦

منهم والا فالمسألة محتملة والعامة مختلفون في حكمها فذهب بعضهم الى اعتبار خروجه من الثلث كالعتق اختيارا وقواه العلامة في
فيها استنادا الى ان اختيار السبب كاختيار المسبب فمتى كان الاول بعقد ورد فالثاني كذلك وهو قوي لبعض المحققين
وح فلا يلزم من كون العتق قهريا خروجه من الاصل انما يلزم ذلك لو لم يكن مستندا الى اختيار المريض في التمليك و
الاقوى ما اختاره المص ولا يقدح دعوى الاجماع في فتوى العلامة بخلافه لان الحق ان اجماع اصحابنا انما يكون حجة مع تحقق
دخول المعصوم في جملة قولهم فان حجيته انما هي باعتبار قوله عندهم فدخوله في جملة قولهم في مثل هذه المسألة النظرية
غير معلوم وقد نبه المص في اوائل المعتبر على ذلك فقال ان حجية الاجماع لا يتحقق الا مع العلم بدخول قول المعصوم
في قول المجمعين دون من عن الائمة او من يحكم ويدعي خلاف ذلك وهذا عند الانصاف عين الحق فان ادخال قول
الغائب لا يعرف قوله في قول جماعة معروفين بمجرد اتفاقهم على ذلك بد من العلم بموافقته لهم في حكم بارد وغايته
جواز غفلة الفقيه المتأخر لغيره من المتقدمين في كثير من المسائل التي ادعوا فيها الاجماع اذا قام الدليل على ما يقتضيه
خلافهم وقد اتفق لهم ذلك كثيرا لكونه لم يتقدم مسامحة عند الناس دون المتاخرين ولنرجع الى بقية اقسام المسألة
فنقول قد عرفت حكم ما لو ملكه بغير عوض اختيارا واما اذا ملكه كذلك بغير اختياره كالارث فاعلم انا في القسم بكونه
من الاصل وهنا كذلك بطريق اولى واذا قلنا بكونه من الثلث احتمل كذلك لتحقق الملك للمريض فيكون معدودا
من جملة امواله فانعتاقه يفوت عليهم المال النفيس ويضعف بانه لم يهلك على الورثة شيئا مما هو محسوب مالا لهم مع
ذلك فالعتق قهري فلا مانع منه وينبغي هنا القطع بنفوذه من الاصل وفي ذكره جعل العتق اقرب ولو ملكه بعوض فلا يخ
اما ان يكون اختياريا او لا وعلى التقديرين فلا يخ اما ان يكون العوض موروثا او بحيث يحصل به تفويت على الورثة اولا
فهنا اربعة اقسام الاول ان ملكه بعوض موروث اختيارا بان اشتراه فان كان بثمن المثل واعتبرنا خروج المنجزات من الثلث
ففي اعتباره قولان احدهما انه من الثلث لان ملكه له باختياره سبب عتقه فجرى مجرى المباشر خصوصا عند من يجعل فاعل
السبب فاعل المسبب كالجنايتين وهذا هو الاشهر والثاني نفوذه من الاصل لانه انما يحجر عليه في التبرعات والشراء
ليس تبرعا فلا يكون محجورا عليه والعتق حصل او لا بغير اختياره فلا يعتبر فيه الثلث ويضعف بان بذل الثمن في مقابلة
ما قطع بفواته في حال ما اليه بالعتق تضييع على الوارث كالمشتري ما يقطع بموته عاجلا والقولان اختارهما العلامة
في عدة الوصايا اولهما في الاحكام المعنوية وثانيهما في كيفية التنفيذ ولو اشتراه بدون ثمن المثل فالزايد محاباة حكمه
حكم الموهوب الثاني ان يملكه بعوض موروث لكنه بغير اختياره بمعنى استناده الى الشارع له كما لو كان قد نذر في
حال الصحة او المرض ان حق تاكونه من الاصل اذا وجب قربته وباع لعوض هو قادر عليه شراؤه فيجب وهو مريض
فينفذ من الاصل على القولين ويحتمل ضعيفا كونه من الثلث لحصول السبب المقتضي للتصرف في المرض ويضعف باستناده بذلك
الى ايجاب الشارع فكان عليه بمنزلة الدين الثالث ان يملكه بعوض غير موروث باختياره كما لو اجر نفسه للخدمة فيعتق
من الاصل على القولين لعدم تفويته شيئا على الورثة وما في على الحامل في الهبة ويرد مثله هنا الرابع ان يملكه كذلك بغير
اختياره بل بالزام الشارع كما كان قد نذر تملكه بالاجارة كذلك وحكمه كالسابق بطريق اولى قوله لو اوصى له بدار فانهدمت
وصارت براحا ثم مات الموصي بطلت الوصية لانها خرجت عن اسم الدار وفيه تردد ومنشأ التردد من فوات متعلق الوصية لانه
المجموع المركب من العرصة والسقف وباقي الاجزاء والمركب يفوت بفوات بعض اجزائه فحكمه الموجب لفوت حقيقته فيبطل الوصية ومن

بعض الاجزاء المتعلق حق الموصى له بها في ضمن الجميع فلا يفوت البعض بفوات بعض الاخر وصورتا النص انما فيما اذا كان الموصى به دارا معينة فانهدمت فالوصية باقية كما يحصل استفادة الدليل الصالح للبطلان وتغير الاسم لم يثبت كونه قادحا والباقي منها بعض الموصى به وان اوصى له بدار من دوره فانهدمت جميع دوره قبل موته بطلت لانتفاء المسمى وموضع الخلاف ما اذا كان الانهدام لا بفعل الموصي وان كان بفعله كان رجوعا **قوله** اذا قال اعطوا زيدا والفقراء كان لزيد النصف من الوصية وقيل الربع والاول اشبه وجه الاول انه جعل الوصية لفريقين فلا ينظر الى احادهما كما لو وصى لقبيلتين مختلفتي العدد ووجه الثاني ان اقل الفقراء ثلثة لانهم جمع وقد شرك بين زيد وبينهم بالعطف فيكون كاحدهم ويضعف بان التشريك بين زيد وبين الفقراء لا بينه وبين احادهم فيكون زيد فريقا والفقراء فريقا اخر وبان التشريك لو كان بين الاحاد لما لزم الحكم بالربع لان الفقراء لا يحصرون في ثلثة وكون الثلثة اقل الجمع لا يوجب الحصر فيه مع وجود اللفظ الشامل له ولغيره وح يختار المص اقوى وفي المسئلة وجه ثالث مخرج من دليل الثاني وهو ان زيدا يكون كاحد الفقراء لانه وان كان اقلهم ثلثة الا انه يقع على ما زاد وكما يتعين الدفع الى ثلثة بل يجوز الدفع الى ما زاد فمقتضى التشريك ان يكون كواحد منهم فيعطى سهما من سهام القسمة فان قسم المال على اربعة من الفقراء اعطي زيد الخمس وان قسم على خمسة فالسدس وهكذا ورابع انه يعطى اقل ما يتمول ولكن لا يجوز حرمانه وان كان غنيا وخامس انه ان كان فقيرا فهو كاحدهم وتخصيصه للاهتمام به وان كان غنيا فله النصف وسادس انه ان كان فقيرا فله الربع والا فالثلث لدخوله فيهم وسابع ان الوصية في حق زيد باطلة لجهالة من اضيف اليه وهذه الاوجه كلها ضعيفة ما عدا الاولين واقوال الصحابة منحصرة فيهما فلذا اقتصر عليهما المص وضعفها الاخير هنا كلها اذا اطلق لفظ زيدا ما اذا وصفه بصفة الجماعة فقال لزيد الفقير وللفقراء جرى الخلاف فيما لزيد ان كان فقيرا والاقوى انه كالمطلق لما ذكرناه في توجيه الاول ولو وصفه بغير صفة الجماعة كقوله لزيد الكاتب وللفقراء فاولى بترجيح الوجه الاول ولا يجري على الاوجه من الصرف الى الثلثة من الفقراء لصيغة الجمع **قوله** في تصرفات المريض وهي نوعان موجلة ومنجزة فالموجلة حكمها حكم الوصية اجماعا وقد سلفت وكذا تصرفات الصحيح اذا قرنت بما بعد الموت اراد بالموجلة المعلقة بالموت وبالمنجزة المعجلة حال الحيوة وان لم يكن حاضرا محضا واصل التنجيز الحاضر قال الجوهري الناجز الحاضر يقال ناجزا بناجز اي يدا بيد اي تعجيلا وتنجزته في الانتهاء الخ وهذا اي حضره وبين فاد من جعله الموجلة كالوصية في الحكم انها غير الوصية والمغايرة يظهر بين ما في التدبير فانه تصرف معلق على الموت وليس بوصية بعتق العبد بل عتق بصفة على اختلاف الوجهين ويظهر ايضا في النذر المقيد بالموت فانه لا يسمى وصية لكونه في الحقيقة الا خلاف شهور فقد قال جماعة انه من الاصل فلا يعم الحكم بكون حكمه حكم الوصية بالاجماع وان كان المختار مساواتها لها في الحكم وعلى ما استفيد من تعريف المص للوصية انها تمليك عين او منفعة الخ يخلف كثير من الافراد المعلقة على الموت فيطلق عليها التصرفات الموجلة لا الوصية وذلك كالوصية بالعتق والوقف على جهة عامة والوصية بابراء الديون وغيرها ولو اطلق على الجميع اسم الوصية وذكر ان حكمها الخروج من الثلث سلم من التكلف والتدبير ان كان وصية بالعتق تناوله العبارة والا فيكتفي بذكر حكمه فيه فيما بعد واعلم انا قد اسلفنا نقل الخلاف في كون الوصية من الثلث عن ابي بابويه وانه حكم بكونها من الاصل فدعوى المص الجماعة هنا في مقابلة العدم الاعتداد بخلافه لضعف مستنده وشذوذه وقوله فان جميع المسلمين على خلافه وان المعتبر ان مساواة التصرفات الموجلة للوصية ثابت بالاجماع فيما ثبت للوصية من الحكم بثبت للموجلة ولا يكون فيه تعرض لدعوى الاجماع على نفس حكم الوصية وهذا اولى وانسب بسياق العبارة ولا فرق في التصرف المعلق

بالموت

٢٣٧ على الموت بين وقوعه من الصحيح والمريض وهو موضع وفاق **قوله** اما المنجزات المريض اذا كانت تبرعا كالمحاباة في المعاوضات والهبة والوقف والعتق فقد قيل انها من اصل المال وقيل من الثلث واتفق الفاضلان على انها من الثلث وانما الخلاف فيما في ذلك المرض احترز بالتبرع عما يخرجه المريض من المبيع بثمن المثل وقضاء بعض الديان شيئا من اعيان ماله وان كان فيه تخصيص له عن غيره وما يدفعه اجرة عن منافع تصل اليه ونحوه فان مثل ذلك نافذ من الاصل اذ لا تفويت فيه على الوارث واما البيع بدون ثمن المثل والشراء بازيد منه فانه ليس بتبرع محض لان كل جزء من اجزاء العوض مقابل لجزء من اجزاء المعوض وان اختلفا في القيمة الا ان القدر الزائد عما اخذه من العوض في قوة المتبرع به وان لم يكن متميزا وقد نبه على ذلك في المثال وخرج ايضا ممن القريب المملوك بغير عوض فان عتقه ليس من تبرعات المريض وانما وقع قهرا من الشارع ويبقى مثل التزويج بما قبل من مهر المثل والجارية نفسه باقل من اجرة المثل والحاق التبرع بالمنجزات مع انه خارج عن حكمها لا يتوقف على اخراج من الثلث لانه ليس مثل اخراج مال من التركة بل هو اكتساب والمص لم يبين المراد من المنجزات بغير المثال ومنا بطهما استيفاء تفويت المال على الوارث بغير عوض او انقص وذلك معقول فقد اختلف الاصحاب في تصرفات المريض المنجزة المتبرع بها على ذلك الوجه فذهب الاكثر ومنهم الشيخ في ط والصدوق وابن الجنيد وسائر المتاخرين الى انها من الثلث كغير المنجز وقال المفيد والشيخ في النهاية وابن البراج وابن ادريس وكلام تلميذ المفيد انها من الاصل والمص هنا لم يرجح هنا القولين لكنه رجح الاول في مواضع متعددة من الكتاب ومنشا الخلاف من اختلاف الروايات ظاهرا فمما استدل به منها اللاول صحيحة علي بن يقطين قال سالت ابا الحسن عليه السلم ما للرجل من ماله عند موته قال الثلث والثلث كثير وقد تقرر في الاصول ان جواب ما الاستفهامية للعموم وصحيحة يعقوب ابن شعيب قال سالت ابا عبد الله عليه السلم عن الرجل يموت ماله من ماله فقال له ثلث ماله والتقريب ما تقدم وحسنة ابي ولاد عنه عليه السلم في الرجل يكون لامراته عليه الدين فتبرئه منه في مرضها قال بل تهبه له فتجوز هبتها وتحسب ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئا ورواية علي بن عقبة عنه عليه السلم في رجل حضره الموت فاعتق مملوكا ليس له غيره فابى الورثة ان يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه قال ما يعتق منه الا ثلثه وساير ذلك الورثة احق بذلك ولهم ما بقي وهذه الرواية واردة في منقطعة للعتق خاصة الا انه لكونه مبنيا على التغليب يعين حكم غيره بطريق اولى ورواية الحسن بن الجهم قال سالت ابا الحسن عليه السلم ما تقول في رجل اعتق مماليكه له حضره الموت فاشهد له بذلك وقيمته ستمائة درهم وعليه دين ثلثمائة درهم ولم يترك شيئا غيره قال يعتق منه سدسه لانه انما له منه ثلثمائة وله السدس من الجميع وروي العامة في صحاحهم ان رجلا من الانصار اعتق ستة اعبد له في مرضه لا مال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وآله وجزاهم ثلثة اجزاء واقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة ولهم وجوه اخرى من الاعتبار منها انه لو كانت المنجزات من الاصل لكان المتقدم منها اولى بذلك وبيان الملازمة ان المقتضي لحصر الوصية في الثلث النظر الى الورثة والشفقة عليهم وهذه العلة منتفية عليها في النصوص وهي موجودة في المسئلة ومنها انه لو لم يكن من الثلث لاختلت حكمة حصر الوصية في الثلث فانه لولاه لاتجا كل من يريد الزيادة في الوصية على الثلث الى العطايا المنجزة فيفوت الغرض الباقي على المنع من الزائد وحق الاخرون بانه مال لم يتعرف في ملكه فيكون سائغا والصغرى مفروضة والكبرى في حكم الناس مسلطون على اموالهم خرج منها بعد الموت فيبقى الباقي في ما قبله الداخل الموت من التسلط اليس تسليطه على ماله بل على مال الغير وهو الوارث وبان المال الحاوي فيما استحق لما كان في حال الصحة وما لو كان لكلامه بما الزمت بالبرء والثاني باطل

بالموت

ككذا المتقدم ورواية عمار عن الصادق عليه السلم قال الرجل احق بماله ما دام فيه الروح ان اوصى به كله فهو جائز ورواية عمار ايضا عنه عليه السلم في الرجل يجعل بعض ماله لرجل في مرضه فقال اذا ابانه جاز وموثقة عمار ايضا عنه عليه السلم قال الميت احق بماله ما دام فيه الروح يبين به فان قال بعدي فليس له الا الثلث ورواية سماعة عن ابي عبد الله عليه السلم قال قلت الرجل له الولد ايسعه ان يجعل ماله لقرابته فقال هو ماله يصنع به ما شاء الى ان ياتيه الموت فان اوصى به فليس له الا الثلث الا ان الفضل في ان لا يضيع من يعوله ولا يضر بورثته هذا محصل حجج الفريقين وفي كل واحد منها نظر اما الصحيحتان الاولتان فما ذكرتم في الاستدلال بهما فقد لا دلالة لهما على المطلوب بل دلالتهما على ما بعد الموت اولى واما الثالثة فانها مع صحتها فيه كلام قال فيها الرجل يموت ماله من ماله فلا وجه للاستدلال بها على المنجزات واما الاولى فكما تحتمل التبرع تحتمل الوصية لان عنوانها تحريم فعل المكان المتبقية المصاحبة وكذا لو دل على الوصية اقوى وان سلمت سندها فمن اسم مسير فان سلم كونه حقيقة في غيره اكثر واما باقي الروايات على كثرتها فاشتركت في ضعف السند واما المختص بالحكم منها كل واحدة فرواية علي بن عقبة مع كونها اوضح الجميع دلالة الا ان احدهما احتمل حملها على الوصية لان حضور الموت قرينة منعه من مباشرة العتق ويجوز نسبة العتق اليه لكونه سببه الفقري بواسطة الوصية وهذا وان كان بعيدا الا انه مناسب جمعا بين الروايات عاضد والثاني انها واردة في العتق فلا يلزم تعدي الحكم الى غيره ودعوى اولويته غيره ممنوعة بل هو قياس وبناؤه على التغليب لا يدل على المطلوب وعدم القائل باختصاصه بالحكم على تقدير تسليمه لا يجوز قياس غيره عليه مع ما فيه من القصور ورواية ابي ولاد فيها ان مضمونها لا يقول به احد لان الابراء مما في الذمة صحيح بالاجماع ودون الهبة والحكم فيها بالعكس وكيف يستند الى مثل هذه الرواية المقلوبة الحكم الضعيفة السند والكلام في رواية ابن الجهم كالكلام في رواية ابن عقبة ونجود ما في هذا الكتاب منها حسنه والرواية العامية ومن ادعى خلاف ذلك يرد دعواه وعليها استدل ابن الجنيد في كتابه الاحمدي واما الاعتباران الاول ودعوى الملازمة من خروج الوصية والمنجزات من الثلث فيه القدح في الملازمة فان مثل الاحكام على مثل ذلك غير جائز والعلة مستنبطة لانها غير منصوصة وان كانت مظنونة من حكمة الحكم المنصوص مع انها منقوضة بالصحيح خصوصا الشاذ على الموت باحد الاسباب الموجبة للخطر مع عدم المرض وليس ببعيد ان يكون الحكم في ذلك سهولة اخراج المال بعد الموت على النفس حيث يصير للغير فيمنع من التوسع عليه بالتفسيح حتى عنه مع حفظه له ما كان حقه وتحجره عليه وهذه الحكمة ليست حاصلة في الحي وان كان مريضا لان البرء ممكن والشح بالمال في الحياة حاصل فيكون كتصرف الصحيح في ماله الا في حال غيره وكون مال المريض في معرض ملك الورثة في الحال بخلاف الصحيح ممنوع فرب مريض عاش اكثر من الصحيح ورب صحيح كان في حال المرامات التي يغلب معها ظن التلف ابلغ من المريض ومن هذا يظهر ضعف الاعتبار الاخر فان الغرض من المنع من الزيادة بخلاف ما بعد الموت بل هنا حاصل بالوجدان فلا اختلال واما الحجج الاخرون فهو دائرة مالشرا كما جمع في ضعف السند وليس فيها سوى واحدة من الموثق كما نبهنا عليه فهو رواية عمار الاولى نفوذ الوصية مطلقا من الاصل وهم لا يقولون به فيبطل الاستدلال بها والقول بانها دالة على ان المنجز كذلك بطريق اولى لا يصح مع فساد المبني عليه وعلى تقدير اعتبارها فانها محالفة لما دل على مطلوب الاولين من حيث السند لكن بعضها اقوى من حيث الدلالة وعلى كل حال فلا بد من الجمع اعني بالروايات من الجانبين ويمكن ان يقال الرجحان قبل الخاصة وهذه عامة والعامة يعتبر تخصيصها ولو بكون في الروايات الصحيحة دلالة على ترجيح القول الاول اما لكونها اكثر ولحفظ الاصل بعينه فحمل اجمل

الباب

الرابع

موقوفة

٢٣٨ الدليل على خلافه والا لانقطع ولما دعوى الملازمة بين لزومها بالبرء وعدمها ففاسدة واي مانع من صحتها عند الاذن على اجازة الوارث لو مات ولا لزومه ان برئ فيكون البرء كاشفا عن الصحة واللزوم كاشفا عن التوقف والموت كاشفا عن التوقف وان لم يجز الوارث واعلم انه على تقدير البرء لا فرق في الحكم بلزوم هذه التصرفات بين كون المرض مخوفا وعدمه وانما يحتاج الى البحث عنه على القول بالوفاة فيه **قوله** ولا عبارة بالاشارة الى المرض الذي يتحقق معه تحقق التصرف على الثلث مخوفا كان المرض او لم يتوحش معه من الموت غالبا يخوف كالحمى المطبقة هو بكسر الدال حمى تحدث في الاجزاء الاصلية التي تولد منها الاحتراق وذهاب الرطوبات وانتفاء الحرارة ولا يمتد معها الحيوة غالبا **قوله** والسل وهو قرحة في الرية يلزمها حمى دقيقة ناخذ البدن منه في النقصان والاضطرار وقد حكي في كونه مخوفا اقوال ثلثة احدها انه ليس بمخوف مطلقا لانه لم يسلم صاحبه غالبا الا انه لا يخشى منه الموت عاجلا فيكون بمنزلة الشيخوخة والثاني انه مخوف كذلك ابتداء لانه مدته يتطاول فابتداؤه لا يخاف منه الموت عاجلا فاذا انتهى خيف ومنهم من عكس والمص اختار كونه مخوفا وفي الحقيقة المرجع في ذلك الى قول الاطباء واهل التجربة لا الى الفقيه ولكن ما يذكره الفقهاء هنا اقوال الاطباء فلا يرد انها من المسائل الفقهية لان الفقيه يضطر الى نقل ذلك هنا لترتب عليه الحكم **قوله** وقذف الدم وقذف الدم القاء وهو شامل لاخراجه من الفم بالقيء والقيح والسعال لاخراجه من الانف بالرعاف واخراجه من المعدة بالبراز وليست كلها من الاشياء المخوفة بل بعضها كالخارج مع الاسهال ومن الفم بسبب الرية كالرعاف الدائم ونحو ذلك **قوله** والاورام السوداوية والدموية كل واحد من الاورام حبس تحته انواع من الامراض منها ما هو مخوف ومنها ما ليس بمخوف فاطلاقه مخوفية هذين الورمين ايضا متجوز ولم يذكر غيرهما من الفقهاء **قوله** والاسهال المنتن والذي يمازجه دهنية او براقا سود يغلي على الارض وما شاكله في تكرار ان يعود ميزا شاكله الى المذكور في اقسام الاسهال فان له اقساما مخوفة غير ما ذكر كالاسهال المتواتر الذي لا يمكن منعه ولو ساعة وما كان معه زحير وهو الخارج بشدة وجع في المقعدة وما كان معه دم ويمكن عوده الى المذكور من الامراض المخوفة فانه لم يستوفها وانما ذكر قليلا منها وهذا انسب بالعبارة **قوله** كحمى يوم الحمى اليوم غير التي تنبعث من القليل الى الاعضاء وان لم يكن عن مرض متعلقة بمادة وروح البدن لا بالاخلاط ولا بالاعضاء فانه في حمى يوم هي تحدث من الاسباب مادية كغضب وفرح وسهر وكثرة نوم وهم وغم وفزع وتعب ونحوها ولا يشترط في تسميتها يومية ان يبقى يوما واحدا بل يجوز ان يبقى اذنين من يوم الى سبعة ايام **قوله** والصداع عن مادة او غير مادة المراد بالصداع المادي وما كان ناشيا عن احد الاخلاط الاربعة ومن غيرها ما كان سببه من غيرها كسقطة وضربة وشمائم لا مجرة وربما ومن الجماع ونحو ذلك **قوله** والسلاق هو غلظ في الاجفان عن مادة ردية غليظة تحمرها الجفنين وينتثر الهدب وقد يؤدي الى تقليع الجفن وفساد العين وفي حكمه جميع امراض العين خلو عم كان اولى **قوله** كحمى الغب هي الحمى المتعلقة بالاخلاط الاربعة مع تعفنها والمراد بالعفونة في هذا المقام افعال الجسم ذو الرطوبة عن الحرارة الغريبة الخلاف العامة للعضو والحمى العفنية انواع منها الورد وهي التي تاتي كل يوم والغب هي التي تاتي يوما وتتركه يومين وبعود في الرابع الاخرين وهي التي تاتي يومين وتقطع يومين وقد اطلق المص هنا انها ليست بمخوفة بل يحتمل الامرين وذكر جماعة منهم العلامة ان ربما العب والربع مخوف **قوله** والجرب وهو حكة تنشو من المواد المستقيمه بدن هو البراز ويتسبب اضعاطه الارز او ورد فان الموضع لا وحده وانما يكون غير مخوف مع تجرده عن غيره من الامراض فلو اقترن بها ما هو مخوف كما تقدم **قوله** ولو قيل يتعلق

الحكم بالمرض الذي يتفق معه الموت سواء كان مخوفا في العادة او لم يكن كما حسناه اذا قلنا ان تبرعات المريض المخوف من الثلث وليس
كل مرض يتفق للانسان يكون تصرفه فيه من الثلث بل ... فقال الشيخ ...
المانع هو المخوف وهو ما يتوقع به الموت قطعا او غالبا ... وان اتفق به الموت وقد تقدم تفصيله ...
الى ما تقدم من الاخبار ... بالفعل ...
[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

خمسة اسداس فالمحاباة بثلثه وثلث لان مع المشتري خمسة ومع الورثة عشرة تعدل ثلثين فالخطا بثلث ... فيسقط اقل
الخطائين من اكثرهما يبقى ثلثان وهو المقسوم عليه ثم يضرب العدد الاول في الخطا الثاني وهو ثلث يكون اثنين ثم الثاني
وهو خمسة في الخطا الاول يكون خمسة فاذا اسقطنا اقل العددين من اكثرهما واخذنا المختلف وهو ثلثة وقسمته على
فضل ما بين الخطائين وهو ثلثان خرج اربعة ونصف وكيفيته ان يضرب الثلثين في مخرجها وهو ثلثة يكون اثنان
ويضرب الثلثة في ثلثة كذلك المخرج تسعة يقسمها على الاثنين يخرج اربعة ونصف وهو ضعف الجيد فيصح في نصفه
بنصف الردي وهو المطلوب واعتبرها قد فرضناه من الامثلة وقواعد الحساب واستخرجها شئت من المسائل قوله ولو باع
عبدا قيمته مائتان بمائة وبرئ لزم العقد وان مات ولم يجز الورثة صح البيع في النصف في مقابلة ما دفع وهي بكثير من ستة
وفي السدس بالمحاباة وهي سهمان هما الثلث من ستة فيكون للمشتري اسداس العبد ويبطل في الرابع وهو سدس يرجع
على الورثة هذا هو القسم الخوص قسمي البيع المشتمل على المحاباة وحكمه صحة البيع فيما قابل الثمن في مقدار ما يبقى فيه المحاباة
وهو ثلث التركة والبطلان في الزائد لا بحسب هنا بسبب الزيادة والاصل فيه ان المشتري كان قد ملك الجميع بالثمن
ملكا متزلزلا يستقر بين البايع فلا فرض موته وقد تضرر الله المستحق على الورثة بالزيادة على الثلث رد الى الورثة من التركة الذي
لا يفضل معهم مثلا المحاباة من الثمن والمثمن بخلاف الربوي لمانع الزيادة هكذا حكم الشيخ ومن تبعه والمهم وهو في التخليص
التحرير ووجهه انه لما لزم البيع من الجانبين خرج منه ما زاد على الثلث بما هو عوض بحصته منه فيبقى الباقي ولان البيع قد
اشتمل على بيع وعطية ومحل العطية هو الزايد عن مقابل ثمن المبيع لان معنى العطية هنا ان المريض يحكم تبرعه من عين
لزمه وهو لا يتحقق الا في الزايد فيكون محل البيع هو الباقي فكان العقد الواقع بكل الثمن على الباقي هكذا ملك الشيخ في احكام
من واحد وذهب العلامة في ما في كتبه الى ان كالربوي لان فسخ البيع في بعض المبيع يقتضي فسخه في قدره من الثمن لوجوب المقابلة
المبيع باجزاء الثمن فكما انه لا يجوز فسخ البيع في جميع المبيع مع بقاء بعض الثمن حطيطا فكذا لا يجوز فسخ بعض المبيع مع بقاء جميع
الثمن فرارا من المنع ولان وجب الفسخ فيه لان المانع في الموضعين هو بقاء احد المتقابلين في المعاوضة بدون المقابل الآخر
ومن ثم لو اشترى سلعتين فبطل البيع في احدهما اخذ المشتري الاخرى بقسطها من الثمن وكذا لو اشترى شقصا وشيئا آخر واخذ
الشفيع الشقص فان المشتري ياخذ الباقي بقسطه من الثمن وكذا لو كثر الشفعاء وقلنا بثبوتها مع الكثرة على كل واحد جزءا من المبيع
بقسطه من الثمن واجاب شيخنا الشهيد رحمه الله عن ذلك بانه من التنازع فيه وقد اشتمل العقد على بيع وهبة من المريض كما تقدم و
لهذا يسمى بيع المحاباة في الاساواة بينه وبين ما مثل به العلامة في الصور كلها لان ذلك بيع محض ولا يحتمله
لو بقي الموهوب بغير عوض يقابله وفي الجواب نظر لمنع اشتمال العقد المذكور على بيع وهبة بالاستقلال وانما هو بيع يلزمه ما هو
حكم الهبة وليس الهبة فيه ذكر البينة اولى هنا الا الايجاب والقبول اللذان هما عقد البيع وكلا يلزم من لزوم ما هو كالهبة ان
يتخلف عن البيع مقتضاه وهو مقابلة المبيع بالجميع واما ما ذكره من ان قضية العقد ملك المشتري الجميع بالثمن وانما تخلف الحكم
في الزائد لمانع فتقوى في الزائد على الثلث ومن الاحتجاج بانه الا ما اللزوم فيما خرج من حد الضرورة فيقدر البطلان في
قدر الاول بل يجب مقتضى المعاوضة البطلان في مقابلة من الثمن كاملا ومعه لا يبقى الاصل متمسكا في اللزوم بالنسبة الى الجميع
ومع الجواب العلامة اقوى فيبقى الحكم كما في الربوي بعينه وجميع ما قررناه من الحساب آت هنا فان العبد المذكور قد بيع بنصف قيمته
كبيع الكر المساوي بستة دنانير بما قيمته ثلثة على قول الشيخ الا ان اشكال في المسئلة كالدور والضابط على طريقة المص في البيع المشتمل

بالمحاباة

٢٤١

على المحاباة انه لم يكن ربويا ان تنسب الثمن وثلث التركة الى قيمة المبيع فيصح البيع في مقدار تلك النسبة فمن فرض المص ان تنسب المائة
التي هي من الثمن وثلث التركة وهي ثلث قيمة العبد وهو ستة وستون وثلثان الى مجموع قيمته وهو مائتان كان المجموع خمسة اسداسها
فيصح البيع في خمسة اسداسه بكل الثمن ويكون العبد بساوي ثلثمائة نسبتها المائة التي هي الثمن وثلث التركة وهو مائة ايضا
الى مجموع قيمته فيكون ثلثيها فيصح في ثلثيه مجموع الثمن وعلى هذا الطريقة على القول الثاني كما في الربوي بان يسقط الثمن وهو مائة
من قيمة المبيع وينسب الثلث الى الباقي فيصح البيع في قدر تلك النسبة ففي المسئلة المفروضة اذا اسقطت الثمن وهو مائة من
قيمة المبيع ونسبت الثلث وهو ستة وستون وثلثان الى الباقي من القيمة وهو مائة يكون ثلثيه فيصح البيع في ثلثيه بثلثي
الثمن وهو مائة فيما فرضناه من كون العبد يساوي ثلثمائة مع بيعه بمائة يسقط الثمن من قيمته يبقى مائتان ينسب الثلث وهو
مائة اليه يكون نصفه فيصح البيع في نصف العبد بنصف الثمن وهكذا جعل الضابط في المسئلة الربوية وقد يتعلم ما تثبت من
الفرض وان اردت تقرير مسئلة العبد بالجبر المقرر من قلت فرض العتق صح البيع في شيء من العبد شيء من الثمن وهو نصف
شيء من العبد فهو نصف شيء فالمحاباة بنصف شيء فيجب ان يكون للورثة مثلاه وهو شيء وقد حصل لهم من الثمن نصف شيء فيبقى
لهم نصف شيء يرجع اليهم من العبد فيبطل فيه البيع ويبطل في مقابلة من الثمن وهو ربع فقد تلف شيء لان الثمن بقدر ثلث
قيمة العبد فالمحاباة بثلثي شيء وهو ما زاد على قدر الثمن ما صح فيه البيع من العبد فيجب ان يكون للورثة قدر المحاباة
مرتين وذلك شيء وثلث شيء ومعهم ثلث شيء من الثمن فيجب ان يرجع اليهم من العبد شيء وذلك هو القدر الذي بطل
فيه البيع منه وفي قدره ثلثه من الثمن فيكون العبد في تقدير شيئين والثمن في تقدير ثلثي شيء فالشيء مائة وخمسون
وذلك قدر نصف قيمة العبد فللمشتري نصفه ويرجع اليه نصف الثمن وللورثة النصف الآخر ونصف الثمن وذلك
ضعف المحاباة قوله والمشتري بالخيار ان شاء فسخ لتبعيض الصفقة وان شاء اجاز ولو بذل العوض عن السدس
كان الورثة بالخيار بين الامتناع والاجابة لان حقهم في العين هذا الحكم ثابت على القولين لتحقق تبعيض الصفقة فيهما
وانما يكون المشتري الخيار اذا لم يكن عالما بالحال وهو ان البايع مريض ومن حكم المريض وفي وما زاد من بيعه عن الثلث
حيث يشتمل على المحاباة فلو كان عالما به فلا خيار له ولو جهل احدهما خاصة فله الخيار لتحقق الجهل الموجب للفسخ حينئذ
او مركب من الجهل والعلم واما عدم وجوب بذل كل منهما ما يقابل الآخر بالعوض فظاهر اذ لا يجبر احد على بيع ماله لاجل تكملة
الآخر الا في مواضع مخصوصة وليس هذا منها قوله ولو اعتقها في مرض الموت وتزوج بها ودخل صح العتق والعقد و
ورثت ان خرجت من الثلث وان لم تخرج صح على ما مر من الخلاف اذا اعتق المريض امته وتزوجها وجعل مهرها اعتقها او
دخل بها صح الجميع مع خروجها من الثلث وهو واضح وان لم تخرج من الثلث ان كانت قيمتها مائة دينار مثلا ولم يخلف
سواها بني على نفوذ منجزات المريض من الاصل او الثلث فعلى الاول يصح الجميع ايضا وترث وعلى الثاني يعتق ثلثها ولا
ترث لبطلان النكاح لان المبعض لا ينقض ويصح لها شيء من نفسها باعتبار الوطء لعدم العدم لانه لم يحصل لها
عوض خارج من رقبتها وقد صارت للورثة فكانها رضيت باستيفاء البضع بغير عوض ويحتمل ان يكون
كالمهر وسياتي ويشترط من مهر مثلها بنسبة ما يعتق منها ويدخلها الدور لتوقف معرفة مقدار كل واحد
منهما على الآخر وطريق معرفتها ان نقول صح العتق في شيء منها ولها من مهر مثلها شيء على تقدير كون مهر مثلها
مقدار قيمتها وللورثة شيئان فيكون التركة في تقدير اربعة اشياء فينعتق لها من نفسها ربع اخرى بالمهر لان مهرها

ايا ها نفسها جار مجرى مهادها وانما فرضنا كونه قد جعل مهرها عتقها مع ان المهم فيه كذلك لان الحكم يتحقق فيها
اجمع يقتضي ذلك انه لو كان قد امهرها شيئا آخر فكانت كالمسئلة الآتية في اعتبار خروجه من الثلث وحينئذ
الدور وكذا لا يجوز جعلها على مفوضة البضع او المهر كما قال بعضهم لان الدخول بالمفوضة يوجب لها مهر المثل او
نقص منه المفوض اليه فيعتبر خروجه من الثلث ايضا فلا يتم الطلاق وانما يصح خروجها من الثلث يصح العتق والعقد
واما تقييده بالدخول فلانه ترتب الحكم بصحة العقد والارث لان نكاح المريض مشروط بالدخول فبدونه يبطل
العقد ويترتب عليه عدم الارث والمهر ان كان قوله ولو اعتق امة قيمتها ثلث تركته ثم اصدقها الثلث الآخر ودخل
ثم مات فالنكاح صحيح ويبطل المسمى لانه زائد عن الثلث ويثبت في ثبوت مهر المثل تردد وعلى القول الآخر يصح الجميع
اما صحة العتق فلخروجها من الثلث مع تعذره واما بطلان المهر المسمى فلتوقفه على الجميع زائدا على الثلث ولانه لو صح لزم
الدور لتوقف صحته على ثبوت النكاح المتوقف على العتق المتوقف على بطلان المهر بقصور الثلث عن قيمتها مع صحته
وهذا هو الدور الحاصل لا اللعب الجاري في نظائر هذه المسائل واما ثبوت مهر المثل فيبقى تردد من استلزام ثبوته الدور
كما مر ومن جريانه مجرى ارش الجناية التي هي جزء من الاصل ولانه ان ثبوته يستلزم الدور كالمسمى من حيث انه ينقص
التركة فلا يخرج قيمتها من الثلث فلا يعتق فلا يصح كله النكاح لانها الامة بتسببه على صحة النكاح مع العلم بالوطء فلا
دور في الطريق في الاصل مقدار العتق ونصيبه من مهر المثل ان مهر المثل لها ان يساوي قيمتها او ينقص عنها او يزيد
ففي الاول نقول عتق منها شيء ولها من مهر المثل شيء وللورثة شيئان في مقابلة ما عتق منها لا في مقابلة المهر لانه من
الاصل كما قررناه فالتركة اذن في تقدير اربعة اشياء فلو فرضنا قيمتها مائة ومهر المثل مائة وبقي من التركة غير
قيمتها مائتان فالشيء خمسة وسبعون فينعتق منها ثلثة ارباعها ولها ثلثة ارباع مهر المثل وللورثة مائة
وخمسون ضعف ما عتق منها فيؤدي الى الورثة ما اخذته من مهر المثل خمسة وعشرين ما يعتق باسرها وعلى تقدير زيادة
قيمتها عن مهر المثل وفرضناه بقدر نصف قيمتها قلنا عتق منها شيء ولها من مهر المثل نصف شيء وللورثة
شيئان في مقابلة ما عتق منها مرتين والتركة في تقدير ثلثة اشياء ونصف تسقط من جنس الكسر بصير سبعة لها
منها ثلثة اثنان من نفسها بالعتق وواحد بالمهر وللورثة اربعة فينعتق منها سبعي التركة من الجارية و
هي ستة اسباعها ولها من مهر المثل سبع آخر يكمل بها عتقها فيفضل معها ثلثا سبع التركة وعلى تقدير زيادة
مهر المثل عن قيمتها وفرضناها بقدر مهرها مرتين قلنا عتق منها شيء ولها من مهر المثل شيئان ضعف ما عتق منها
وللورثة شيئان في مقابلة ما عتق منها مرتين والتركة في تقدير خمسة اشياء فالشيء ستون فيعتق منها
ثلثة اخماسها ولها ثلثة اخماس من مهر المثل مائة وعشرون وللورثة مائة وعشرون ضعف ما عتق منها فيعتق
باجمعها ويبقى لها ثمانون من مهر المثل والمصنف رحمه الله اطلق صحة النكاح وهو انما يتم على القول بعدم ثبوت
مهر المثل ليتم العتق في جميعها اما اذا حكمنا بثبوته بطل العتق في بعضه فيبطل النكاح كالمسئلة السابقة
وانما يحكم النكاح وان حصل العتق المجموع لان عتق البعض لم يحصل الا بالمهر ويمكن ان يرتب المص صحة النكاح
شرعية في الحال فيترتب عليه استباحة وطئها بذلك العقد لانه محكوم بصحته الى الموت ويوجد الصحة وجود المقتضي

والمهر

٢٤٢

وهو يسد [illegible] العقد من اهلية [illegible] وانتفاء المانع اذ لا حق لغيره الآن في رقبتها ويحتمل بطلان النكاح لبطلان عتق
بعضها على كل تقدير ولانه لو صح لحجب المستحق المقتضي لبطلان المسمى هو يتوقف على صحة النكاح المتقدم ٥

تم الجزء الاول وهو النصف الاول من كتاب المسالك في شرح
الشرائع بحمد الله وحسن توفيقه على يد اقل
الخليقة المحتاج الى ربه الصمد محمد احمد
غفر الله لنا ولوالدينا ولجميع
المؤمنين بحق محمد وآله
الطاهرين

وفرغ من تسويده يوم السبت غرة شهر الله الاصب رجب المرجب في تاريخ ١٢٥٩ من الهجرة النبوية على هاجرها الف الف صلاة وتحية

244

كتاب النكاح

قوله كتاب النكاح

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نثق

اعلم ان النكاح يستعمل لغة في الوطي كثيرا وفي العقد قليلة قال الازهري النكاح اصل الوطي وقد قيل للعقد نكاح ... وقيل بالعكس
يستعمل بالمعنيين الا ان استعماله في العقد اكثر بل قيل لم يرد في القرآن بمعنى الوطي الا في قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره لاشتراط الوطي في
الحلل ... ارادة العقد واستفادة الوطي من السنة ثم لا يكون ... على ارادة الوطي لاحتمال الاشتراك او كونه مجازا في
الوطي والمجاز يفتقر في الحمل عليه الى القرينة وهي منتفية هنا ... ارادة الوطي في الحلل شرعا ... والقرينة هنا ... تختلف
الفقهاء في كونه مشتركا بين المعنيين نظرا الى استعماله فيهما والاصل في الاستعمال الحقيقة ام هو حقيقة في احدهما مجاز في الآخر نظرا
الى ان المجاز خير من الاشتراك عند التعارض ثم اختلفوا في اي المعنيين الحقيقي فقيل الوطي ... لغة ... فحقيقة لغة ...
... وقيل العقد لكثرة الاستعمال ... فيكون ... الحقيقة ...
مجازا وهذا هو الاجود ... في قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ...
... الاشتراك ... الى المجاز ... حقيقة ومجازه ...
خلاف الاصل ويحتاج الى قرينة ... عند الاصوليين ...
[illegible]

[illegible]

من الغرض للاحصنة لدولا نه بواسطتها ينقسم الى الاحكام الخمسة فيجب عند خوف الوقوع في الزنا بدونه ولو امكن دفعه بالتسري
فهو واجب تخييرا ويحرم اذا افضى الى الاخلال بواجب كالحج ومع الزيادة على الاربع ويكره عند عدم التوقان والطول على قول
والزيادة على الواحدة عند الشيخ وقد يكره بالنظر الى بعض الزوجات كنكاح القابلة المربية ونحو ذلك وان كان الحكم من
جهة المنكوحة لا من جهة النكاح ولو اعتبر ما هو اعم من ذلك انقسم الى الخمسة ايضا بوجه اخر غير ما سبق فالمكروه منها ما ذكر وكنكاح
العقيم والحلال والخطبة على خطبة المجاب والحرام عينا وجمعا وهو كثير ومنها المستحب كنكاح القريبة على قول الجمع بين صلة الرحم
وفضيلة النكاح واختاره الشهيد في قواعده والبعيدة على اخر لقوله لا تنكحوا القرابة القريبة فان الولد يخلق ضاويا
اي نحيفا واختاره العلامة في كره قال لان من اسباب فيه نقصان الشهوة بسبب القرابة وقد يكون فرض ابويه فيما لو علم وقوع
الزنا من اجنبية وانه لو تزوجها منعها او لا حذر يجب كفاية وقد يتعين على عالم بتمام عينه بدون المباح ما عدا ذلك وما
اباحته بالمعنى الاول فلا يتفق على القول المشهور الا انه لا يخلو من القصد الراجح والكلام في الاقسام الخمسة للقاصد يكون
عند الشيخ لمن لم يتق نفسه فانه في المبسوط اقتصر فيه على نفي الاستحباب وظاهره بقاء الاباحة اذ لا قائل بالكراهة ح وابو حمزة
فرض الاباحة ايضا لمن لم يشته النكاح ولا يقدر عليه او بالعكس وجعله مستحبا لمن جمع الوصفين ويكره لمن فقدهما قوله
فالمستحبات ان يتخير من النساء من تجمع صفات اربع كرمية الاصل وكونها بكرا ولودا عفيفة المراد بكريمة الاصل ان لا يكون اصلها من
زنا ولا زنا بآبائها وامهاتها هو كذلك قال ص تخيروا لنطفكم ولا تضعوها في غير الاكفاء وقال ص اياكم وخضراء الدمن قيل يا رسول الله
وما خضراء الدمن قال المرأة الحسناء في منبت السوء ويحتمل ان يريد بكريمة الاصل الاسلام والايمان وما هو اخص منها ككونها
فعل التقوى والانتهت مسالكهم برشد الى الاول لانهم لم ينظروا الى الاسلام الآباء فضلا عن غيره ويدل على استحباب البكر قوله
تزوجوا الابكار فانهن اطيب شي افواها وادر شي اخلافا وافتح شي ارحاما وقال ص لجابر وقد اخبره بانه تزوج ثيبا هلا بكرا
تلاعبها وتلاعبك ولان البكر احرى بالموافقة والنشو على عادة الرجال والمراد بالولود ما من شانها ذلك بان لا تكون صغيرة
ولا آيسة ولا في مزاجها ما يدل على عقمها كعدم الحيض ويتحد الجمع بين الولود والبكر وبالعفيفة غير الزانية او ما هو اخص منها كالمقتصرة
قال ص الا اخبركم بخير نسائكم قالوا بلى يا رسول الله فاخبرنا قال ان من خير نسائكم الولود الودود الستيرة العفيفة العزيزة في اهلها
الذليلة مع بعلها المتبرجة مع زوجها الحصان مع غيره التي تسمع قوله وتطيع امره واذا خلا بها بذلت له ما اراد منها ولم تبذل له
كتبذل الرجل وقال ص انكحوا الولود الودود وقال ص الحصير في ناحية البيت خير من امرأة لا تلد قوله ولا يقتصر على الجمال ولا على
الثروة فربما حرمهما اشار بذلك الى ما روي عن النبي ص انه قال من تزوج امرأة لمالها وكله الله اليه ومن تزوجها لجمالها راى فيها ما يكره
ومن تزوجها لدينها جمع الله له ذلك وروى هشام بن الحكم في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا تزوج الرجل المرأة لجمالها او مالها
وكل الى ذلك وان تزوجها لدينها رزقه الله المال والجمال قوله والصلوة ركعتين والدعاء بعدهما الخ وقت هذه الصلوة بعد ارادة
التزويج وقبل تعيين المرأة المخطوبة او قبل العقد بقرينة قوله في الدعاء فقدر لي من النساء الخ قال الصادق عليه السلام اذا هم
احدكم بذلك يعني التزويج فليصل ركعتين ويحمد الله ويقول اللهم اني اريد ان اتزوج اللهم فقدر لي من النساء اعفهن
فرجا واحفظهن لي في نفسها وفي مالي واوسعهن رزقا واعظمهن بركة واقدر لي منها ولدا طيبا تجعله خلفا صالحا
في حياتي وبعد موتي قوله والاشهاد والاعلان المشهور بين اصحابنا ان الاشهاد في نكاح الغبطة سنة مؤكدة
وليس شرطا في صحة العقد وهو مذهب جماعة من علماء العامة لاصالة عدم الوجوب والاشتراط وعدم دليل صالح عليه

لقول الباقر والصادق عليهما السلام لا بأس بالتزويج بغير شهود فيما بينه وبين الله تعالى وانما جعل الشهود في التزويج البتة
من اجل الولد ومن اجل المواريث وذهب ابن ابي عقيل منا وجماعة من العامة الى اشتراط الاشهاد فيه فلا ينعقد بدونه لما روي
عن النبي ص بطرق متعددة يدل على نفي النكاح بدون الشاهدين وقد ضعفها جماعة النقاد من اهل الحديث فحكم
باسرها ضعيفة السند وليس هذا محل تحقيق الحال ومن طرقنا ما روي عن مهلب الدلال عن ابي الحسن عليه السلام في مكاتبة التزويج الدائم
لا يكون الا بولي وشاهدين وفيها ضعف السند ايضا وبالجملة فليس في الباب حديث صحيح من الجانبين فالاعتماد على الاصل
حيث لا معارض واعلم ان الاعلان غير الاشهاد والمغير تدبير فلذا جمع بينهما وليس مستحبا اجماعا وانما حكمه حكم الاشهاد و
قد ذكر في النصوص السابقة ويدل عليه بخصوصه ما روي ان النبي ص كان يكره نكاح السر حتى يضرب بدف ويقال اتيناكم اتيناكم
فحيونا نحييكم قوله والخطبة امام العقد بضم الخاء هي حمد الله تعالى قبل العقد وكمالها باضافة الشهادتين والصلوة
على النبي وآله عليهم السلام والوصية بتقوى الله تعالى والدعاء للزوجين وانما استحب ذلك للتأسي بالنبي والائمة بعده صلى الله عليه وآله وعليهم
وخطبهم منقولة في ذلك مشهورة وكذا يستحب خطبة اخرى امام الخطبة بكسر الخاء من المرأة او وليها ويستحب للولي
الخطبة ثم الجواب ويجزي في الجميع الاقتصار على حمد الله تعالى وعن ابي عبد الله عليه السلام ان علي بن الحسين عليه السلام كان يتزوج وهو
يتعرق عرقا ما كل فما يزيد على ان يقول الحمد لله وصلى الله على محمد وآله ويستغفر الله وقد زوجناك على شرط الله تعالى ثم قال
علي بن الحسين عليه السلام اذا حمد الله فقد خطب ولو ترك الخطبة صح العقد عند جميع العلماء الا داود الظاهري فقد رد
في قصة سهل الساعدي ان النبي ص زوج بغير خطبة وروي عن الصادق عليه السلام انه سئل عن التزويج بغير خطبة فقال اوليس
عامة ما نزوج فتياتنا ونحن نتعرق الطعام على الخوان يقول يا فلان زوج فلانا فلانة فيقول نعم قد فعلت قوله وايقاعه
ليلا لقول النبي ص امسوا بالاملاك فانه اعظم للبركة وهو للرضا عن الا الحجة والنساء من السنة التزويج بالليل لان
الله عز وجل جعل الليل سكنا والنساء انما هن سكن وعلل بانه اقرب الى المقصود واقل للانتظار حيث يكون الدخول ليلا
والنص اعم من ذلك قوله ويكره ايقاعه والقمر في العقرب لما رواه الشيخ ابن بابويه عن الصادق عليه السلام قال من تزوج
والقمر في العقرب لم ير الحسنى فالتزويج حقيقة في العقد والمراد بالعقرب برجها لا المنازل الاربع المنسوبة اليه وهي الزبانا
والاكليل والقلب والشولة وذلك لان القمر يحل في البروج الاثني عشر في كل شهر مرة وجملة المنازل التي هذه الاربع
بعضها ثمانية وعشرون مقسومة على البروج الاثني عشر فيختص كل برج منها منزلتان وثلث فللعقرب من هذه الاربع ما
لغيره والذي يقتضيه اصل هذا الشان ان للعقرب من المنازل ثلثا الاكليل والقلب وثلثي الشولة وذلك منزلتان وثلث واما
الزبانا وثلث الاكليل فهو من برج الميزان كما ان ثلث الشولة الاخير من برج القوس فاطلاق العقرب محمول على برجه لا على
هذه المنازل الاربع فلا كراهة في منزلة الزبانا مطلقا واما المنزلتان المتوسطتان فان امكن ضبطهما والا فتعين اجتناب
العقد والقمر فيهما حذرا من الوقوع فيما كره منها قوله يستحب لمن اراد الدخول ان يصلي ركعتين ويدعو بعدهما وان يأمر المرأة با — لانتقال
ان تصلي ايضا ركعتين وتدعو الى قوله وبالعكس الله تعالى ما قد ذكره المصنف من السنن المرتبة عند الدخول هي ستة الاولى
ان يصلي ركعتين يقرأ في كل منهما الفاتحة وما شاء من القرآن ان احب الزيادة على الفاتحة ويجهر فيهما لان الاصل
من السنن الليلية الجهر ولا نظير له ويدعو بعدهما بالمنقول الثانية ان تفعل المرأة مثل ذلك روى ابو بصير قال سمعت رجلا
يقول لابي جعفر عليه السلام جعلت فداك اني رجل قد اسننت وقد تزوجت امرأة بكرا صغيرة ولم ادخل بها واني اخاف ان

وحلفت علي ان تكرهني لخضابي وكبري قال ابو جعفر عليه السلام اذا دخلت عليك ان شاء الله فمرهم قبل ان تصل اليك ان تكون
متوضئة ثم لا تصل اليها انت حتى تتوضأ وتصلي ركعتين ثم مرهم يأمروها ان تصلي ايضا ركعتين ثم تحمد الله وتصلي على
محمد وآله ثم ادع الله ومر من معها ان يؤمنوا على دعائك ثم ادع الله وقل اللهم ارزقني الفها وودها ورضاها وارضني بها
واجمع بيننا باحسن اجتماع وانس ائتلاف فانك تحب الحلال وتكره الحرام واعلم ان الالف من الله عز وجل والفرك من
الشيطان ليكره ما احل الله عز وجل الثالثة ان يكون حال الدخول على طهر وهو الظاهر من الخبر الرابعة ان يضع
يده على ناصيتها وهي مقدم رأسها ما بين النزعتين ويدعو بالمنقول روى ابو بصير عن ابي عبد الله عليه السلام قال
اذا دخلت عليه فليضع يده على ناصيتها ويقول اللهم على كتابك تزوجتها وفي امانتك اخذتها وبكلماتك استحللت
فرجها فان قضيت في رحمها شيئا فاجعله مسلما سويا ولا تجعله شرك الشيطان قلت فكيف يكون شرك الشيطان
قال فقال ان الرجل اذا دنا من المرأة وجلس مجلسه حضر الشيطان فان هو ذكر اسم الله تنحى الشيطان عنه وان فعل ولم يسم ادخل
الشيطان ذكره فكان العمل منهما جميعا والنطفة واحدة وعن النبي ص انه قال اذا افاد احدكم امرأة او خادما او دابة فليأخذ
بناصيتها وليقل اللهم اني اسئلك من خيرها وخير ما جبلتها عليه واعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه الخامسة ان
يكون الدخول ليلا وقد تقدم من الاخبار ما يدل عليه وقال الصادق عليه السلام زفوا عرائسكم ليلا واطعموا ضحى وحكمته مضافا لما — عرائسكم
يشتمل عليه من الامور التي يناسبها الحياء والستر والليل اخفى للدخول ويستحب مؤكدا اضافة الستر المكاني القولي الى الستر الزماني
لا ستر الاماكن للعين وقد روي عن النبي ص انه قال من شر الناس عند الله منزلة يوم القيمة الرجل يفضي الى المرأة وتفضي اليه ثم ينشر
سرها وفي حديث اخر عنه ص مثل من يفعل ذلك مثل شيطان وشيطانة لقي احدهما الآخر بالسكة فقضى حاجته منها والناس
ينظرون اليه السادسة التسمية عند الجماع وسؤال الله تعالى ان يرزقه ولدا سويا وقد تقدم في الحديث السابق ما يدل عليه — ذكرا
وعن ابن عباس عن رسول الله ص قال لو ان احدكم اذا اتى اهله قال بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا فان قدر بينهما
في ذلك ولد لم يضره الشيطان ابدا وروي عن الصادق عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليذكر الله فان لم يفعل
وكان منه ولد كان شرك الشيطان وكما يستحب التسمية عند الدخول يستحب عند كل جماع لهذا الحديث وغيره وعن الباقر عليه السلام
اذا اردت الجماع فقل اللهم ارزقني ولدا واجعله تقيا زكيا ليس في خلقه زيادة ولا نقصان واجعل عاقبته الى خير قوله ويستحب
الوليمة عند الزفاف يوما او يومين وان يدعى لها المؤمنون ولا تجب الاجابة بل يستحب واذا حضر الاكل استحب وان كان صائما
ندبا الوليمة هي الطعام المتخذ في العرس سميت بذلك لاجتماع الزوجين فان اصل الوليمة اجتماع الشي وتمامه ومنهم من اطلقها
على كل طعام يتخذ في حادث سرور من املاك وختان وغيرهما وسميت لاجتماع الناس عليها ولكن استعمالها في المعنى
الاول اشهر وعليه فاطلاقها على غيره يحتاج الى قرينة واستعمال الحادث فيقال وليمة الختان ووليمة غيرهما وحيث تطلق تحمل — البناء ويوم
على وليمة العرس ويقال للطعام المتخذ عند الولادة الخرس والخرسة وعند الختان الاعذار والعذيرة والاعذار وعند احداث
البناء الوكيرة وعند قدوم الغائب النقيعة وللذبح يوم السابع للمولود العقيقة وعند حذاق الصبي الحذاق وهو يوم ختم
كسره تعلم الصبي القرآن او العمل والمادبة اسم لما يتخذ من غير سبب يطلق على كل طعام والزفاف بكسر الزاي اهداء العروس الى زوجها
اذا تقرر ذلك فلا خلاف عندنا في استحباب الوليمة مؤكدا للتأسي بالنبي والائمة عليهم السلام فعن انس قال ما اولم رسول الله
حين تزوج ميمونة بنت الحارث اولم واطعم الناس الحيس وعن الرضا عليه السلام ان النجاشي لما خطب لرسول الله آمنة بنت

ابي سفيان فزوجه دعا بطعام وقال ان من سنن المرسلين الاطعام عند التزويج وعنه عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال لا
وليمة الا في خمس في عرس او خرس او عذار او وكار او ركاز فالعرس التزويج والخرس النفاس بالولد والعذار الختان والوكار الرجل
يشتري الدار والركاز الرجل يقدم من مكة وللشافعي قول بوجوبها لان النبي ص قال لعبد الرحمن بن عوف اولم ولو بشاة والامر للوجوب
ويجيب بحمله على الاستحباب لانه لو كان واجبا لامر به غيره وحمله في باب الدعاء على الندب فيتفق ذلك مع امر الزوجات الذي مر
قد ذكر المصنف احكامها امورا الاول لا تقدير لها بل المعتبر مسماها واكملها الكثرة كالافضل وقد سبق ان النبي ص اولم بشاة
من غير تحديد في جانب الكثرة وروي انه ص اولم على صفية بسويق وتمر وانما فعل ذلك لانه كان على سفر في حرب خيبر وعن انس
اولم رسول الله ص على امرأة من نسائه ما اولم على زينب جعل يبعثني فادعو الناس فاطعمهم خبزا ولحما حتى شبعوا وفي رواية
فليولم بايسر كما اولم رسول الله ص على بعض نسائه بمدين من شعير الثاني وقتها عند الزفاف واقله ما يحصل مسماها واكثره
يوما او يومان ويكره الزيادة قال النبي ص الوليمة في اليوم الاول حق وفي الثاني معروف وفي الثالث رياء وسمعة وقال
الباقر عليه السلام الوليمة يوم او يومان مكرمة وثلثة ايام رياء وسمعة الثالث المدعو اليها ويستحب دعاء المؤمنين لانهم افضل
واولى بالمودة واقرب الى اجابة الدعاء ولو لم يكن تخصيصهم فلا بأس بجمعهم مع غيرهم لحصول الغرض بهم والباقي زيادة في الخير ولكن
كثرتهم وقلتهم بحسب حال الطعام وعادة البلد ففي بعض البلاد يحضر الطعام القليل الخلق الكثير من غير نكير وفي بعضها بالعكس
الرابع يستحب للمدعو الاجابة استحبابا مؤكدا خصوصا اذا كان الداعي مؤمنا فان من حق المؤمن اجابة دعوته ولا فرق بين
القريب والبعيد لو لم يخرج البلد مع عدم المشقة البالغة التي لا تتحمل عادة وليست واجبة عندنا للاصل وذهب جماعة
من العامة الى الوجوب لما روي عن النبي ص انه قال من دعي الى وليمة فلم يجب فقد عصى الله ورسوله ومن جاء من غير دعوة
دخل سارقا وخرج مغيرا وفي خبر اخر عنه ص من دعي فلم يجب فقد عصى الله ورسوله وفي ثالث من دعي الى الوليمة فليأتها
حملة على شدة الاستحباب ويشترط في استحباب الاجابة او وجوبها كون الداعي مسلما وان لا يكون في الدعوة منكر او ملاهي
الا ان يعلم زوالها بحضوره فيجب لذلك وان يعم صاحب الدعوة بها الاغنياء والفقراء فلو خص بعض الاصناف كعشيرته
وجيرانه واهل حرفته فلو خص بها الاغنياء لم يترجح الاجابة ولم يتحقق القائل به لقوله ص شر الولائم ما يدعى لها الاغنياء
ويترك الفقراء وان يخصه بالدعوة بعينه او بجماعة معينين فاما لو دعى عاما ونادى ليحضر من يريد ونحو ذلك لم
يجب الاجابة ولم تستحب لان الامتناع والحال هذه لا يورث الوحشة والتأذي وان يدعى في اليوم الاول او الثاني
لو اولم في الثالث كره الاجابة ولو دعاه اثنان وضاق الوقت عن اجابتهما اجاب الاول او الاسبق فان جاءا معا اجاب الاقرب رحما ثم الاقرب دارا
كما في الصدقة وقد روي ان النبي ص قال اذا اجتمع داعيان فاجب اقربهما اليك بابا فان اقربهما اليك جوارا
فان سبق احدهما فاجب من سبق الخامس كما يستحب الاجابة يستحب الاكل لان الغرض من الدعوة ذلك ولما في تركه من التعرض
للوحشة والنفرة ولانه ابلغ في اكرام الداعي وجبر قلبه ولقول النبي ص اذا دعي احدكم الى طعام فليجب فان كان مفطرا فليطعم
وبعض من اوجب الحضور اوجب الاكل ايضا لما ذكرناه ولاشتمال الامر في الخبر عليه ولان المقصود من الامر بالحضور الاكل فكان
واجبا والحق منع المساواة المقصود في الاكل بل عمدة الاجابة كما في جبر القلب ولهذا لو طلب الصائم وجب الحضور من غير
اكل ويمنع حصول الوحشة مع اكرام الحضور واجابته وما تقدم احتج به من الخبر الموصوف المذكور سابقا انه محمول على الندب
السادس الصوم ليس عذرا في ترك الاجابة لقول النبي ص اذا دعي احدكم الى طعام فليجب فان كان مفطرا فليطعم وان كان صائما

فليصل اد

فليصل اي يحضر ويدعو لاهل الدعوة ثم ان كان الصوم واجبا مضيقا كرمضان والنذر المعين وما في حكمه كقضاء رمضان بعد الزوال لم يجز له الافطار وان كان موسعا كالنذر المطلق وقضاء رمضان قبل الزوال جاز له الافطار على كراهية وان كان نفلا فان شق على صاحب الدعوة صومه استحب افطاره اجماعا ولان النبي صلى الله عليه وسلم حضر دار بعضهم فلما قدم الطعام امسك بعض القوم وقال اني صائم فقال النبي صلى الله عليه وسلم يتكلف لك اخوك المسلم وتقول اني صائم افطر ثم اقض يوما مكانه وان لم يشق على صاحب الدعوة اساكر فالاقوى انه كذلك لعموم الامر كرواية داود الرقي عن ابي عبد الله عليه السلام لافطارك في منزل اخيك افضل من صيامك سبعين ضعفا او تسعين ضعفا وصحيحة جميل بن دراج عنه عليه السلام قال من دخل على اخيه فافطر عنده ولم يعلمه بصومه فيمن عليه كتب الله له صوم سنة وفي كره في هذا استحباب الاتمام علا بظاهر التعليل في الخبر النبوي فان التكليف لم يوجب المشقة في تركه غالبا وهو مناط الامر بالافطار وفيه ايماء الى العلة فيتعدى الى ما شاركها في المعنى وهو مشقة الامساك على نفسه واعلم ان استحباب الافطار هنا ورجحانه على الصوم المستحب لترتب الثواب عليه زيادة شروط يكون الباعث عليه اجابة الدعوة وامتثال امر الله تعالى فيها ليكون طاعة يترتب عليها الثواب فلو فعله لغير ذلك فصله لغير جهة الطاعة فلا ثواب له اصلا فضلا عن ان يكون افضل من الصوم كما هو معلوم من قواعد الشرع واطلاق الامر بالفطر محمول على تقييد النية في ذلك الا على ان الاعمال بالنيات ولا تختص هذه الاحكام بهذه الوليمة بل تأتي في كل دعوة الى الطعام **قوله** وكل ما ينثر في الاعراس ولا يجوز اخذه الا باذن اربابه نطقا او بشاهد الحال وهل يملك بالاخذ الاظهر نعم هنا اربع مسائل الاولى يجوز نثر المال في الاعراس من ماكول وغيره كالجوز واللوز والسكر والتمر والزبيب والدراهم وغيرها لاصالة الجواز ولان ذلك من متممات السرور المطلوب في هذا الموضع وهل يوصف بالاستحباب الاصل الجواز بالمعنى الاعم بين الاحكام الخمسة لا ريب في انتفاء الوجوب لعدم ما يدل عليه واما الاستحباب فاثبته بعض العامة لنحو ما ذكرناه وحكم اخرون بالكراهية لانه يؤخذ باختلاس وانتهاب وهو يؤدي الى الوحشة والعداوة ولانه قد ياخذه غير من يحبه صاحبه وفي اثبات الكراهة بمثل ذلك نظر والثابت اصل الجواز وغيره من الاحكام يحتاج الى دليل صالح الثانية يجوز الاكل من هذه المنثور عملا بشاهد الحال المستمر في سائر الاعصار ما لم يعلم الكراهية ولانه نوع اباحة فاشبه اباحة الطعام للضيفان بوضعه بين ايديهم ولا فرق في النثر بين جعله عاما او خاصا بفريق معين وان اختص حكم الثاني بفريقه كالموضوع بين يدي الضيف [illegible] الا باذن المالك صريحا الثالثة لا يجوز اخذه من غير ان يؤكل في محله الا باذن اربابه صريحا او بشاهد الحال كما يتفق [illegible] من غير وضع على خوان وشبهه وبالجملة فالمرجع فيه الى شاهد الحال فان دل على المنع من اخذه امتنع ومن ذلك ان يوضع على وعاء لصاحب الدعوة بين يدي الآكلين فان ذلك قرينة ارادة حفظه وقصر الاذن على الاكل وان دل على اباحة الاخذ جاز وان اشتبه الحال فمقتضى العبارة المنع لانه جعل الجواز مشروطا بالاذن او شاهد الحال وهو حسن لاصالة المنع من التصرف في مال الغير خرج منه ما اذا استفيد الاذن فيبقى الباقي وفي كره جواز اخذه ما لم يعلم الكراهة وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم حضر في املاك فاتي باطباق عليها جوز ولوز وتمر فنثرت فقبضنا ايدينا فقال ما لكم لا تاخذون قالوا لانك نهيت عن النهب قال انما نهيتكم عن نهب العساكر خذوا على اسم الله فجاذبنا وجاذبناه الرابعة حيث يجوز اخذه بالوجوه هل يملكه الآخذ بمجرد الاخذ قيل نعم اعتبارا بالعادة الدالة على اعراض المالك عنه فاشبه التقاط المباحات وفي كره قيل لا يملك بذلك وانما يفيد مجرد الاباحة لاصالة بقاء ملك مالكه عليه الى ان يحصل سبب يقتضي النقل وما وقع انما يعلم منه افادة الاباحة وهذا هو الاقوى والفرق بينه وبين مباح الاكل

مع اصول

٢٤٧

واضح لان ذلك كالملك لاخذه عليه فاثبات اليد عليه مع نية التملك كاف في تملكه كالمباح بالاذن فان ذلك لا يخرج عن اصل الملك واثبات يد المأذون له فيه ليس من الاسباب الناقلة للملك شرعا فيتمسك بالاستصحاب الى ان يعلم المزيل ويتفرع على ذلك جواز رجوع المالك فيه ما دامت عينه باقية في يد الآخذ فلو اتلفه ولو بالاكل زال ملك المالك عنه ولو نقله الآخذ عن ملكه ببيع ونحوه فالاقوى زوال ملك المالك عنه والكلام في الاكل الحاضر مثله والذي حكم بجوازه في انه هل يباح بالاكل من غير ان يحكم بالملك ام يملك [illegible] المختار الاول وان ملك المالك لا يزول الا بالازدراد ومثله الطعام المقدم للضيف [illegible] عن هذا انه لا يجوز التصرف فيه بغير الاكل مطلقا الا مع علمه باذن المالك نعم يرجع في نحو اطعام السائل والهرة الطعام [illegible] الى قرائن الاحوال وهي مما يختلف باختلاف الاشخاص والاحوال والاوقات [illegible] تلك الاخذ [illegible] ما دام [illegible] لان ذلك [illegible] **قوله** يكره الجماع في اوقات ثمانية الى قوله والكلام عند الجماع الا بذكر الله تعالى مستند الكراهية في هذه المواضع روايات كثيرة يجتمع من جملتها ذلك يدخل بعضها في بعض روى الشيخ في الصحيح عن عمرو بن عثمان عن ابي جعفر عليه السلام وقد سئل ايكره الجماع في ساعة من الساعات فقال نعم يكره في الليلة التي ينكسف فيها القمر واليوم الذي تنكسف فيه الشمس وفيما بين غروب الشمس الى ان يغيب الشفق ومن طلوع الفجر الى طلوع الشمس وفي الريح السوداء والصفراء والزلزلة وقد بات رسول الله صلى الله عليه وسلم عند بعض نسائه فانكسف القمر في تلك الليلة فلم يكن منه فيها شيء فقالت له زوجته يا رسول الله بابي انت وامي كل هذا البغض فقال ويحك هذا الحادث من السماء فكرهت ان اتلذذ وادخل في شيء وقد عير الله قوما فقال عز وجل وان يروا كسفا من السماء ساقطا يقولوا سحاب مركوم وايم الله لا يجامع احد في هذه الساعات التي وصفت فيرزق من جماعه ولدا وقد سمع هذا الحديث [illegible] وروى الكليني في اليوم والليلة التي تكون فيها الريح السوداء او الصفراء او الحمراء واليوم والليلة التي تكون فيها الزلزلة وعنه قال فيما اوصى به رسول الله صلى الله عليه وسلم عليا عليه السلام قال لا تجامع اهلك في اول ليلة من الهلال ولا في ليلة النصف ولا في اخر ليلة من الشهر فانه يتخوف على ولد من يفعل ذلك الخبل فقال علي عليه السلام ولم ذاك يا رسول الله فقال ان الجن يكثرون غشيان نسائهم في اول ليلة من الهلال وليلة النصف وفي اخر ليلة [illegible] يسرع الى اول الشهر وفيه وسطه [illegible] وروى سليمان الجعفري عن ابي الحسن عليه السلام من اتى اهله في محاق الشهر فليسلم لسقط الولد وعن عمر بن حنظلة قال قلت لابي ابراهيم عليه السلام الرجل يكون مع اهله في السفر فلا يجد الماء ايأتي اهله قال ما احب ان يفعل ذلك الا ان يخاف على نفسه وعن ابي عبد الله عليه السلام قال وقد سئل عن الرجل يجامع وهو عريان فقال لا ولا مستقبل القبلة ولا مستدبرها وقال عليه السلام لا تجامع في السفينة وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يكره ان يغشى الرجل وقد احتلم حتى يغتسل من احتلامه الذي رأى فان فعل وخرج الولد مجنونا فلا يلومن الا نفسه ولا بأس بتكرار الجماع من غير غسل للاصل ولما روي من ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يطوف على بعض نسائه ثم يغتسل اخيرا وكان علي عليه السلام يقول يستحب للرجل ان ياتي اهله اول ليلة من شهر رمضان لقول الله عز وجل احل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم والرفث المجامعة وروى الكليني باسناده الى الصادق عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده لو ان رجلا غشي امرأته وفي البيت مستيقظ يراهما ويسمع كلامهما ونفسهما ما افلح ابدا ان كان غلاما كان زانيا وان كانت جارية كانت زانية وروي عن ابي عبد الله عليه السلام في النهي عن الرجل ينظر الى فرج المرأة وهو يجامعها فقال لا بأس [illegible] وعن ابي عبد الله عليه السلام قال اتقوا الكلام

وليلة النصف

٢٤٨

فاصطادوا او شرط الجواز مع ارادة امكانه عادة وان تكون محللة له في الحال ويجوز ان تجيبه اليه فلا يجوز النظر الى ذات البعل ولا الى المعتدة لتزوجها عند الخلو من المانع ولمن لا يعلم عادة عدم اجابتها وينبغي ان يكون قبل الخطبة اذ لو كان بعدها وتركها لشق ذلك عليها واوحشها ولو لم يتيسر له النظر بعث اليها امرأة تتاملها وتصفها له فان النبي صلى الله عليه وسلم بعث ام سليم الى امرأة وقال انظري الى عرقوبيها وشمي معاطفها اذا تقرر ذلك فالذي يجوز النظر اليه منها اتفاقا هو الوجه والكفان من مفصل الزند ظهرا وبطنا لان المقصود يحصل بذلك فيبقى ما عداه على عموم المنع والرواية التي اشار اليها المصنف تجوز النظر الى شعرها ومحاسنها رواها عبد الله بن الفضل عن ابي عبد الله عليه السلام قال قلت له ينظر الرجل الى المرأة يريد تزويجها فينظر الى شعرها ومحاسنها قال لا بأس بذلك اذا لم يكن متلذذا وروى عبد الله بن سنان في الصحيح قال قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يريد ان يتزوج المرأة اينظر الى شعرها قال نعم انما يريد ان يشتريها باغلى الثمن وروى غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه عن علي عليهم السلام في رجل ينظر الى محاسن امرأة يريد ان يتزوجها قال لا بأس انما هو مستام وظاهر هذه الروايات من حيث السند لا تصلح حجة في جواز ما دل عليه ولذلك نسب المصنف الحكم الى الرواية فالاقتصار على موضع الاتفاق متعين والمراد بمحاسنها مواضع زينتها وهي اوسع دائرة من الوجه والكفين وربما قيل باختصاصها بهما وقوله من فوق الثياب قيد للنظر الى الجسد لا الى غيره لعدم تقييد الروايات به وكما يجوز النظر للرجل فكذا للمرأة لاشتراكهما في المقصود واعلم انه يستثنى جواز النظر الى وجه المرأة الاجنبية وكفيها في الجملة فلا وجه للاقتصار هنا على هذا القدر في الفرق بينها وبين الاجنبية من وجوه الاول ان جواز الاجنبية موضع خلاف وهنا موضع وفاق والثاني انه في الاجنبية مشروط بعدم خوف الفتنة وهنا لا يشترط لانه يريد التزويج اللازم للالتذاذ بها فلا فرق بين وقوع العقد وفي كره اطلاق الجواز مع خوف الفتنة وبدونها معللا بان الغرض ارادة النكاح ومقتضاه انه ذلك مناف للفتنة والثالث انه في الاجنبية مقصور على اول نظرة فلا يجوز التكرار وهنا يجوز والرابع انه في الاجنبية مكروه وهنا لا كراهة فيه وان لم يكن مستحبا واما نظرها من وراء الثياب فانه ونحوه فلا خصوصية له عن الاجنبية الا من حيث الاباحة هنا والكراهة ثم **قوله** وكذا يجوز ان ينظر الى امة يريد شراءها والى شعرها ومحاسنها لا ريب في جواز النظر الى الامة التي يريد شراءها وانما الكلام في محله وموضع الوفاق منه وجهها وكفاها وشعرها وان لم يأذن المولى صريحا لان عرضها للبيع قرينة الاذن في ذلك وهل يجوز الزيادة على ذلك من باقي جسدها ما عدا العورة قيل نعم قطع به في كره لدعاء الحاجة اليه للتطلع الى ما لعله يكون بها عيب يحتاج الى الاطلاع عليه وفيه في من تحليل المولى ومع يجوز الى العورة ايضا وفي رواية ابي بصير قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يعرض الامة ليشتريها قال لا بأس بان ينظر الى محاسنها ويمسها ما لم ينظر الى ما لا ينبغي النظر اليه وظاهر الرواية جواز النظر الى ما عدا العورة كما اختاره في كره وان لم يأذن المولى مع احتمال ان يريد بقوله ما لا ينبغي له النظر اليه ما هو اعم من العورة ولم يتعرض المصنف لجواز اللمس ونص في الرواية على جوازه وهو حسن مع توقف الغرض عليه والاذن كاللمس مع التحليل والحكم هنا مختص بالمشتري فلا يجوز للامة النظر اليه زيادة على ما يجوز للاجنبي بخلاف الزوجة والفرق ان في الشراء لا اختيار لها بخلاف التزويج **قوله** ويجوز النظر الى اهل الذمة وشعورهن لانهن بمنزلة الاماء لكن لا يجوز ذلك لتلذذ ولا ريبة انما كن بمنزلة الاماء لان اهل الذمة في الاصل للمسلمين فيء وانما حرمهن التزام الرجال بشرائط الذمة فيتبعهن النساء فكان يجري عليهن حكما والاماء يجوز ملك المسلمين لهن والمراد بالاماء اماء الناس من غير مالك ولا محرم [illegible] عليه معارض كثير وقد روي في الجواز بطريق السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام قال

عم الليلة الخامس فانه يورث الخرس بنفسها الاول المحاق مثلث الميم وهو ثلاث ليال من اخر الشهر وهي خفاء القمر فلا يرى غدوة ولا عشية لانه يطلع مع الشمس فمحقه قال اهل اللغة لليالي الشهر عشرة اسماء غرر ثم نفل ثم تسع ثم عشر ثم بيض ثم درع ثم ظلم ثم حنادس ثم دادي ثم محاق الثاني انما يكون لليالي المحاق ثلاثا على تقدير تمام الشهر فلو نقص كان النقص من ليالي المحاق لان كل ثلاثة قبلها قد استوفت اسمها قبل ان يتبين النقص لاصالة عدم الكراهة لان المحاق الهلال حقيقة في الليلتين الاخيرتين والاخرى تابعة الثالث الليلة الاخيرة يجتمع فيها كراهتان من جهة المحاق وكونه اخر الشهر فيتأكد الكراهة فيها زيادة على غيرها الرابع الخبر السابق دل على كراهة الوطء في محاق الشهر اعم من كونه ليلة الدخول وغيره كغيره من هذه المواضع ونهى روى الكليني عن الكاظم عليه السلام من تزوج في محاق الشهر فليسلم لسقط الولد وهذه العبارة تقتضي كراهية العقد لان التزويج هو العقد فيروح فيكره كل منهما استنادا الى الحديثين وان كان المصنف وغيره قد اقتصروا على كراهة الوطء والشهيد احتمل في حديث التزويج ان يريد به العقد والوطء معا وهو بعيد الخامس مقتضى التعليل لسقط الولد ان الخطر في جماع يكون ان يحصل به ولد في جماع الحامل فلو كانت حاملا من ذلك كاليائسة احتمل قويا عدم الكراهة اذ ليس في الباب غير ما ذكر من النصوص وليس فيها الحكم بالكراهة مطلقا كما اطلقه الفقهاء فمقتضى موضع الخطر بل ليس فيه تصريح بالكراهة الا ان التعرض لسقوط الولد لما كان مرجوحا حكموا بالكراهة لذلك ومثله تعليل الجماع في اخر الشهر واوله بخبل الولد وتعليل نظر الفرج بعماه وتعليل الكلام حال الجماع بخرس الله الا ان يجعل ذلك بعض ما يترتب عليه ويجعل الكراهة لما هو اعم من ذلك لكن التعليل باباه من تعين العمى في نظر الفرج بعمى الولد وكره جماعة من الاصحاب ويحتمل قويا ان يريد به عمى الناظر اذ ليس هنالك ما يدل على ارادة الولد ولا هو مختص بحالة وهذا هو الذي رواه العامة في كتبهم وفيه توجه وعليه يعم الكراهة للاوقات السادس اطلق المصنف الكراهة عند وجود من ينظر اليه وهو شامل المميز وغيره وقيل يختص ذلك بمميز وهو حسن وتعليل الخبر يقتضي ان الخطر على الولد السامع بان يكون زانيا وان الضمير المستكن في افلح يرجع اليه لا الى الجامع ووجه الكراهة التعرض لنقص الولد السامع فلو كان كبيرا دخل في العموم بل اولى وان لم يتناوله اسم الغلام والجارية السابع النهي الوارد عن الكلام حالته في الوصية مقيد بالكثرة متعلق بالرجل وظاهره عدم الكراهة من المرأة وفي القليل منه ولا بأس بذلك واما الخبر الاخر فشامل للجميع ويمكن الجمع بينهما باشتداد الكراهة في الكثير خصوصا من الرجل **قوله** المشهور كراهة النظر الى فرج المرأة حالة الجماع من غير تحريم وقد تقدم في مقطوعة سماعة فيمن التأسف وعد ابن حمزة من المحرمات والعلامة استنادا الى النهي الوارد عنه في وصية النبي صلى الله عليه وسلم لا تنظر الى فرج امرأتك وغض بصرك فان النظر فيه يورث العمى وان الحالة حالة الجماع ونحوها وفي مقطوعة سماعة التقييد بحالة الجماع وهو اولى ومثلها رواية ابن حمزة عن ابي عبد الله عليه السلام في النظر الى جارية امرأته وهو يجامعها قال لا بأس ولعل الاطلاق في الخبر الاخر مقيد بتلك الحالة الا ان السياق فيها مانع والاستناد في الاحكام الى مثل هذه الروايات الواهية لا يخلو من اشكال والجمع بينهما بحمل الكراهة على هذه الوصية نوع من الجمع وقد صحح بعض الفقهاء **قوله** يجوز النظر الى وجه امرأة يريد نكاحها وان لم يستأذنها ويختص الجواز بوجهها وكفيها وله ان يكرر النظر اليها وينظرها قائمة وروي جواز ان ينظر الى شعرها ومحاسنها وجسدها من فوق الثياب لا خلاف بين العلماء في جواز النظر لمن اراد التزويج في الجملة وقد روته العامة والخاصة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل من اصحابه وقد خطب امرأة انظر الى وجهها وكفيها فانه احرى ان يؤدم بينكما اي يجعل بينكما المودة والالفة يقال ادم الله بينهما على وزن فعل وربما قيل باستحباب النظر الى ذلك الاثر الذي قبل ذلك ويكون منعه لانه امر عليه الجواز لارادة البعض للاباحة فانه يعضد هذا من حيث لا يراد به الوجوب كقوله تعالى واذا حللتم

فاصطادوا

والعبوح

قال رسول الله صلى الله عليه وآله لا حرمة لنساء أهل الذمة أن ينظر إلى شعورهن وأيديهن وفي حديث آخر عنه قال لا بأس بالنظر
إلى نساء أهل تهامة والأعراب وأهل البوادي من أهل الذمة والعلوج لأنهن إذا نهين لا ينتهين وليس الخبر تعليلا بما ذكره [illegible]
ثم روى أبو بصير عن أبي جعفر عليه السلام أن أهل الكتاب مماليك الإمام فتكون نساؤهم بمنزلة الإماء في الجملة ويظهر من تعليله أن
جواز النظر إلى أمة الغير كذلك وهو المشهور ومقيد بكون النظر إلى وجهها وكفيها وشعرها خاصة بالعبيد [illegible] ومنع ابن إدريس من النظر
إلى نساء أهل الذمة لعموم قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم واختاره العلامة في المختلف وإن وافق المشهور [illegible]
كتبه وهل القول بالجواز مقيد بعدم التلذذ بالنظر وعدم الريبة وينبغي أن يكون المراد به خوف الوقوع معه في محرم ومن الفتنة
منه بخوف الفتنة وفي كره اشترط في الجواز أن لا يكون لتلذذ ولا مع ريبة ولا خوف فتنة ويظهر من ذلك أن الريبة غير خوف
الفتنة وفي عدة وغيرها الحصر [illegible] على عدم الريبة كما في الكتاب وهو الجيد قوله ويجوز أن ينظر الرجل إلى مثله ما خلا عورته شيخا
كان أو شابا حسنا أو قبيحا ما لم يكن لريبة أو تلذذ وكذا المرأة فيجوز نظر كل واحد من الرجال والنساء إلى مثله [illegible]
وفعلا بشرط أن لا يكون النظر بتلذذ ولا لخوف فتنة بالوقوع في محرم وأن يكون النظر لغير العورة وهي من الرجل [illegible]
الصلوة ولا فرق في ذلك بين الحسن والقبيح للعموم ولا بين الأمرد وغيره عندنا ولولا الأمر لما [illegible] الأمر بالحجاب [illegible]
الفتنة بالنظر إليه أو تلذذ به فلا إشكال في التحريم [illegible] رسول الله [illegible]
الوجه [illegible]
تنزها منه [illegible] جواز نظر المرأة إلى مثلها المسلمة والكافرة [illegible] أن الحكم كذلك على
العموم ولكن ذهب الشيخ في أحد قوليه إلى أن الذمية لا تنظر إلى المسلمة حتى الوجه والكفين لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن
إلا لبعولتهن إلى قوله أو نسائهن والذمية ليست منهن [illegible] أن تدخل مع الذمية الحمام [illegible]
المراد بنسائهن من في خدمتهن من الحرائر والإماء فيشمل الكافرة ولا فارق بين من في خدمتهن وغيرها قوله وللرجل
أن ينظر إلى جسد زوجته ظاهرا وباطنا وإلى المحارم ما عدا العورة وكذا المرأة لا شبهة في جواز نظر كل من الزوجين إلى جسد الآخر
مطلقا لأن له الاستمتاع بها فالنظر أولى [illegible] وقد تقدم الخلاف في النظر حال الجماع [illegible]
حكم جواز [illegible] ولو كانت مزوجة للغير أو مرتدة أو مجوسية [illegible] ومكاتبة أو مشتركة بينه وبين غيره [illegible]
أمة الغير ولو كانت مرهونة أو مؤجرة أو مستبرأة أو معتدة [illegible] قوله ولا ينظر الرجل إلى الأجنبية
أصلا إلا لضرورة ويجوز أن ينظر إلى وجهها وكفيها على كراهية مرة ولا يجوز معاودة النظر وكذا الحكم في المرأة تحريم نظر
إلى المرأة الأجنبية فيما عدا الوجه والكفين موضع وفاق بين المسلمين ولا فرق فيه بين التلذذ وعدمه ولا بين خوف الفتنة
وعدمه وأما الوجه والكفان [illegible] أحدها الجواز
كراهية اختاره الشيخ رحمه الله لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها وهو مفسر بالوجه والكفين [illegible]
البلوى [illegible] النساء [illegible] والثاني التحريم
العلامة في كره لعموم قوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن الآية [illegible] النساء [illegible]
[illegible] النظر [illegible] مظنة الفتنة وهو محل الشهوة [illegible] البار [illegible]
عن تفاصيل الأحوال كالخلوة بالأجنبية [illegible] رسول الله [illegible] حجة الوداع [illegible] وكان الفضل [illegible]

الزجرسم

249

ردف رسول الله صلى الله عليه وآله فأخذ ينظر إليها وتنظر إليه فصرف رسول الله صلى الله عليه وآله وجه الفضل عنها وقال رجل شاب وامرأة شابة تحبيت
أن يدخل بينهما الشيطان [illegible] الآية مختص بما عدا الوجه والكفين لقوله تعالى إلا ما ظهر
منها [illegible] اتفاق المسلمين [illegible]
بل هو الأظهر [illegible] الأصل [illegible] التحريم [illegible] النظر أولا
[illegible] الفتنة [illegible] التحريم [illegible]
على وجه الوجوب [illegible] عدم [illegible] المنكر
واجب على الفور [illegible]
القول الثالث جواز النظر إلى الوجه والكفين على كراهية مرة لا أزيد وهو اختيار المصنف في أكثر كتبه [illegible] ما تقدم
وجه تحريم الزائد [illegible] المعاودة ودوام النظر مظنة الفتنة [illegible]
كما اتفق للفضل [illegible] الشهوة والميل القلبي [illegible]
[illegible] وعليه فينبغي أن يراد بالمرة [illegible] الميل القلبي [illegible] النظر
ولا فرق [illegible] المجلس [illegible] المرة [illegible] الحكم الشرعي [illegible]
بغير قصد فلا يتعلق بها حكم اتفاقا [illegible] التحريم [illegible] السلامة ونظر الرجل [illegible]
[illegible] قوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن فلا يجوز لها النظر إلا إلى الوجه والكفين [illegible] المصنف
الأجنبية شامل للصغيرة والكبيرة وكذا [illegible] المرأة [illegible] الصغير والكبير [illegible]
الصغيرة التي ليست مظنة الشهوة من الحكم وكذا العجوز المسنة [illegible] الفتنة والتلذذ بنظرها [illegible]
[illegible] والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحا [illegible] الآية [illegible]
الصغير غير المميز بالنسبة إلى المرأة [illegible] الطفل الذين لم يظهروا على
عورات النساء [illegible] المميز [illegible] شهوة [illegible] البالغ [illegible]
[illegible] الأوقات الثلاثة التي هي
مظنة التكشف [illegible] الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء [illegible]
[illegible] بالاستئذان [illegible] هذا الطريق الاحتياط [illegible]
قوله ويجوز عند الضرورة كما إذا أراد الشهادة عليها [illegible] الطبيب [illegible]
[illegible] العورة [illegible] الضرورة [illegible] موضع النظر [illegible] الحاجة إليه [illegible]
[illegible] الحاجة النظر إلى من يريد نكاحها أو شراءها [illegible]
للمعاملة [illegible] الطبيب [illegible]
[illegible] الحاجة [illegible] الشهادة يكون نظر الوجه [illegible]
[illegible] الطبيب [illegible] الحاجة ولو إلى العورة
[illegible] العورة [illegible]

الى يا [illegible] على مباشرة الطبيب [illegible] إمكان المماثل [illegible] المعرفة [illegible] في
[illegible] النظر إلى فرج الزانيين لتحمل الشهادة [illegible] المنع [illegible]
على الزنا [illegible] الشهادة [illegible]
والثاني الجواز [illegible] لأنه وسيلة إلى إقامة حد من حدود الله تعالى [illegible] المنع [illegible]
[illegible] الشهادة بالزنا [illegible]
[illegible] الشهادة على الزنا [illegible]
[illegible] الشهادة على الولادة [illegible] الرضاع [illegible]
[illegible] الجواز [illegible]
إلى الرجال [illegible] النساء [illegible] قوله هل يجوز للخصي النظر إلى المرأة المالكة أو الأجنبية
قيل نعم وقيل لا وهو الأظهر لعموم المنع وملك اليمين المستثنى في الآية المراد به الإماء هنا مسألتان الأولى في جواز نظر البالغ
الخصي المملوك للمرأة إلى مالكته [illegible] لقوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن [illegible]
[illegible] دعوى الإجماع [illegible]
نظر المملوك [illegible] المرأة [illegible]
[illegible] ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن إلى قوله أو ما ملكت
أيمانهن والثاني وهو الأشبه بالمذهب [illegible]
[illegible] الحكم [illegible] نظر المملوك [illegible] الآية [illegible] الشيخ [illegible]
[illegible] رسول الله صلى الله عليه وآله [illegible]
[illegible] ما ملكت أيمانهن [illegible]
[illegible] قوله تعالى أو التابعين غير أولي الإربة من الرجال الخصي
[illegible]
[illegible] قوله تعالى ولا
يبدين زينتهن الآية وقوله وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن [illegible]
[illegible]
[illegible] الشيخ [illegible]
[illegible]

250

الخصي مما
والتحقيق في هذه المسألة أن الأخبار الواردة في الخصي [illegible]
التحريم [illegible] الكراهة [illegible]
[illegible] الكراهة [illegible]
على وجه يرفع الإبهام [illegible] النظر [illegible]
[illegible] القول بالمنع [illegible] البالغ
هذا الخلاف [illegible] النظر [illegible] أولي الإربة [illegible] هذه المسألة على التقية [illegible]
المسائل التي [illegible] هذه المسألة [illegible]
[illegible] على التقية [illegible] والأخبار [illegible] الاستدلال
بعموم ولا يبدين زينتهن [illegible] الاستثناء [illegible]
وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن [illegible] ملك اليمين على الإماء [illegible]
[illegible] حكم الإماء [illegible]
[illegible] الاستدلال [illegible] ملك اليمين [illegible]
[illegible] القرآن العزيز [illegible]
[illegible] الوجه والكفين [illegible] نظر الخصي إلى غير مالكته [illegible]
الجواز والمنع [illegible] المسألة السابقة [illegible] ملك اليمين [illegible] غير أولي الإربة من الرجال
[illegible] ابن الجنيد في كتابه الأحمدي وقد روى عن أبي عبد الله وأبي الحسن موسى عليهما السلام [illegible]
[illegible] الكراهة [illegible] الحكم بغير المملوك [illegible] العموم [illegible]
[illegible] عن محمد بن إسماعيل بن بزيع [illegible]
[illegible] ولا يتقنعن [illegible]
الخصي [illegible]
[illegible] قوله الأعمى لا يجوز له سماع صوت المرأة الأجنبية لأنه عورة ويجوز للمرأة النظر إليه [illegible]
[illegible] الأعمى سماع صوت المرأة لأن صوتها عورة [illegible]
[illegible] الحكم [illegible]
[illegible]
سماع صوتها مشروط بالتلذذ أو خوف الفتنة [illegible] البيان [illegible]
[illegible] المؤمنين [illegible] التسليم على النساء [illegible] الصدوق
أمير المؤمنين عليه السلام كان يسلم على النساء وكان يكره أن يسلم على الشابة منهن [illegible]
[illegible]
عليها [illegible] الأعمى [illegible] المرأة النظر إلى الأعمى [illegible] قوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن

الشامل لجميع الانحاء والمجيء وكان عليه ان يستثني منه ما استثني من المبعض فانه استثني منه الوجه والكفين فيقول سابقاً وكذا
المرأة يحرم عليها النظر الى الرجل عدا الوجه والكفين مرة لا تزيد لحديث ام سلمة قالت كنت انا وميمونة عند النبي صلى الله عليه وآله فاقبل
ابن ام مكتوم فقال صلى الله عليه وآله احتجبا عنه فقلنا انه اعمى فقال صلى الله عليه وآله افعمياوان انتما الستما تبصرانه قوله الوطي في الدبر فيه روايتان احدهما
الجواز وهو المشهور بين الاصحاب لكن على كراهية شديدة اختلف العلماء في وطي المرأة في دبرها فقال اكثر الاصحاب كالشيخين و
المرتضى وجميع المتأخرين انه جائز لكنه مكروه كراهية شديدة وهو مذهب مالك بن انس من الفقهاء الاربعة على خلاف عنه
وقول جماعة من علماء الشافعية منهم الرافعي في الشرح الكبير عن ابن عبد الحكم تلميذ الشافعي ان الشافعي قال لم يصح عن النبي صلى الله عليه وآله
في تحريمه ولا تحليله شيء والقياس انه حلال ونقل ان بعض الشافعية انكر ما رواه ابن عبد الحكم عن الشافعي وقال انه [illegible] وذهب جماعة
من علمائنا منهم القميون وابن حمزة الى انه حرام وهو اختيار اكثر العامة وقد اختلف الرواية فيه من طريق الخاصة واشهرها ما
دل على الجواز واختلف ايضاً من طريق العامة واشهرها عندهم ما دل على الجواز واختلف ايضاً من طريق العامة واشهرها عندهم ما دل
على المنع وجملة ما دل على الحل احاديث ثمانية من رواية الخاصة وواحد من رواية العامة وجملة ما دل على المنع
ثلث عشر حديثاً من جهة الخاصة وعشرة من جهة العامة وجميع الاخبار من الجانبين ليس فيها حديث صحيح فلذا اعرضنا
عن ذكرها من الجانبين نعم ادعى بعض محققينا منهم العلامة في المختلف ان في احاديث الحل واحداً صحيحاً وهو ما رواه الشيخ عن احمد بن
محمد بن عيسى عن معوية بن حكيم عن احمد بن محمد بن حماد بن عثمان عن عبد الله بن ابي يعفور قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل
يأتي المرأة في دبرها قال لا بأس به وفي تذكرة السيد رواية علي بن الحكم عن صفوان قال قلت للرضا عليه الاف التحية والثناء
ان رجلاً من مواليك امرني ان اسألك عن مسئلة فهابك واستحيى منك ان يسألك قال وما هي قلت للرجل يأتي امرأته في دبرها
قال نعم ذلك له قال قلت وانت تفعل ذلك قال انا لا نفعل ذلك فادعى في كره ان هذه الرواية صحيحة ايضاً وقوله بالصحة
منها نظر لان معوية بن حكيم وان كان ثقة جليلاً [illegible] من الرضا عليه السلام كما نقله النجاشي الا ان الكشي قال انه فطحي وابن داود ذكره
في قسم الضعفاء لذلك والشيخ لم يتعرض له بمدح ولا قدح والحق انه لا منافاة بين القولين فان الحكم بكونه ثقة جليلاً يروي
عن الرضا عليه السلام لا ينافي كونه فطحياً لان الفطحية يقولون بامامة عبد الله بن جعفر [illegible] ويقولون بالائمة بعده كالحسن موسى عليه السلام
ثم الرضا عليه السلام ولا ينافي [illegible] ثقة جليلاً [illegible] الفطحية فان كثيراً منهم [illegible] الوصف [illegible] ابن فضال
فعلى هذا ما انفرد به الكشي من الحكم بكونه فطحياً [illegible] المعارض حتى يطلب الترجيح واما الرواية الثانية فان علي بن الحكم مشترك بين ثلثة رجال
احدهم علي بن الحكم الكوفي وهو ثقة والثاني علي بن الحكم تلميذ ابن ابي عمير ذكره الكشي ولا ذكر مدحاً ولا ذماً [illegible] على ذلك جماعة والثالث
علي بن الحكم بن الزبير ذكره الشيخ في كتاب الرجال ولم يتعرض بمدح ولا ذم ايضاً والرجل المذكور في الرواية يحتمل كونه كل واحد منهم فلا يكون
الرواية صحيحة [illegible] الاولين فان طبقتهما واحدة وروايتهما كثيرة [illegible] بانه الكوفي حيث رواه احمد بن محمد يروي عنه كثيراً
كاف في الحكم به [illegible] ما يتعلق بحجية الاخبار [illegible] على وجه الاجمال [illegible] ايضاً الاستدلال بالاية وهو قوله تعالى
نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم انى شئتم فقال المجوزون وجه الاستدلال بها ان كلمة انى للتعميم في المكان بمعنى اين وهو يستدعي تعدد
الاماكن [illegible] اين شئت وحيث كانت كذلك كانت الاية دليلاً على جواز الاتيان في الدبر اذ لا يتحقق تعدد المكان
الا به [illegible] ويؤيده ما روى العامة عن ابن عباس ان سبب نزول هذه الاية ان رجلاً اتى النبي صلى الله عليه وآله فقال يا رسول الله هلكت
[illegible] هذا الفعل [illegible] الاية [illegible] من الاية ان الله جعلهن حرثاً والحرث انما يكون في موضع الزرع [illegible]

نبهى

تشبيه من الارض من حيث ان النطفة التي تلقى في ارحامهن للنسل كالبذر الملقى في الارض فيكون معنى فأتوا حرثكم انى شئتم فأتوهن
فأتوا ارحامكم التي تريدون ان تحرثوها من اي جهة شئتم لعلا يكون المأتي واحداً وهو موضع الحرث ووجه التعميم في الجهة ان
المرأة من قبلها في قبلها او دبرها في قبلها ما روي في سبب النزول ان اليهود قالوا من اتى امرأته من دبرها في قبلها كان ولدها احول
فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وآله فقال كذبت اليهود ونزلت هذه الاية ويؤيده ايضاً قوله فأتوهن من حيث امركم الله فان المراد به القبل لا
الدبر لانه [illegible] اجماعاً وانما غايته الكراهة والامر يقتضي الرجحان او [illegible] الاخراج من الجانبين [illegible] الاول غلا ان كلمة انى ورد
بمعنى من اين [illegible] بمعنى كيف كما في قوله تعالى انى يكون لي غلام ومع هذا فيكون مشتركاً بين المعنيين فلا
يدل على المطلوب لان عموم الكيفية لا يوجب تعدد الامكنة بل تعدد الهيئات الشاملة لاتيانهن من قبل ومن دبر في القبل كما ورد
في سبب النزول والمشترك لا يحمل على احد معنييه بدون القرينة والقرينة هنا انما [illegible] هذا المعنى وموجودة في جانب
الاخر بقرينة الحرث المقتضي للزرع وبقرينة قوله وقدموا لانفسكم فقد قيل ان المراد منه طلب الولد وبقرينة ما قبله [illegible]
وهو قوله فأتوهن من حيث امركم الله فان هذه الاية وقعت بعدها كالبيان لها واما رواية ابن عباس في سبب النزول ففيها
انها معارضة بما روي من سببه رداً على اليهود وكلاهما مروي من طرق العامة ويؤيد الثانية انها مروية من طريق الخاصة ايضاً
وروى الشيخ في الصحيح عن معمر بن خلاد قال قال لي ابو الحسن عليه السلام اي شيء يقولون في اتيان النساء في اعجازهن فقلت انه بلغني
ان اهل المدينة لا يرون به بأساً فقال ان اليهود كانت تقول اذا اتى الرجل المرأة من خلفها خرج الولد احول فانزل الله عز وجل
نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم انى شئتم من خلف او قدام خلافاً لقول اليهود ولم يعن في ادبارهن وهذا الحديث مؤيد لما ذكرناه
من عدم دلالة الاية على الحل بل يرجح ارادة غيره وانما لم يذكره من ادلة التحريم لانه انما ينفي دلالة الاية على الحل ولم يبق اصل الحل
[illegible] بامر اخر ان اتفق فلا يصلح دليلاً للامرين الا من جهة دلالة الاية فانه ينفي دلالتها على الحل [illegible] الكلام في حجة المانع من
حيث الاية فيمنع من كون الحرث انما يكون في القبل بل يجوز اثباته تعميم كما هو الواقع خصوصاً مع وجود اللفظ الدال على التعميم على مدعي
الحصر والامر بالاتيان من حيث امركم الله ليس فيه ما يقتضي حصره فيه وانما يقتضي [illegible] الامر في الذكر لما تقدم من المنع منه في
الحيض فيقع ذلك المنع بعد الطهر وقوله فاذا تطهرن فأتوهن من حيث امركم الله والاية الثانية التي هي موضع النزاع فيها
تعميم [illegible] على السابقة ان لم يكن [illegible] على ما ادعاه المجوز ولا اقل من الاحتمال من حيث التعبير باللفظ المشترك المفيد للعموم
في معنييه خصوصاً عند من يوجب حمل المشترك على جميع معانيه كالشافعي [illegible] فانه يفيد تسويغ الاتيان في جميع
الامكنة والكيفيات [illegible] بعض العلماء كالطبرسي فقال المعنى من اين شئتم وكيف شئتم [illegible] ولما كان حمل
المشترك على معنييه او معانيه ليس مرضياً عند المحققين بقي الاشتباه في دلالة الاية على الطرفين وكذلك قد وضح ان الادلة
فيحتاج في كل منهما في مطلوبه الى دليل خارجي قوله العزل عن الحرة اذا لم يشترط في العقد ولم تأذن قيل هو محرم ويجب معه دية
النطفة عشرة دنانير وقيل مكروه وان وجبت الدية وهو اشبه المراد بالعزل ان يجامع فاذا جاء وقت الانزال اخرج فانزل
الماء خارج الفرج وقد اختلفوا في جوازه وتحريمه فذهب الاكثر ومنهم المصنف الى جوازه على كراهية وتمسكوا في اصل الاباحة بالجواز
وصحيحة محمد بن مسلم قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن العزل فقال ذاك الى الرجل يصرفه حيث شاء وبان حقها في الوطي دون الانزال
ولهذا ينقطع المطالبة به في الغيبة وان لم ينزل وفي الكراهية صحيحة محمد بن مسلم ايضاً عن احدهما عليهما السلام انه سئل عن العزل فقال
اما الامة فلا بأس واما الحرة فاني اكره ذلك الا ان يشترط عليها حين تزوجها وقال [illegible] الا ان ترضى او يشترط ذلك عليها حين

تزوجها وذهب الشيخان وجماعة الى التحريم لما روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه نهى عن ان يعزل عن الحرة الا باذنها وعنه صلى الله عليه وآله قال في العزل انه الواد
الخفي والمراد بالواد قتل الولد ولان حكمة النكاح الاستيلاد ولا يحصل غالباً مع العزل فيكون منافياً لغرض الشارع والجواب ان
طريق الخبر من عامي والخبر الثاني لا يدل على ازيد من الكراهة ومنافاته لغرض الشارع ممنوعة فان غرضه غير منحصر في الاستيلاد وقد
ظهر من الخبر المعتبر في الحكم ان الحكم مختص بالزوجة الحرة مع عدم الشرط وزاد بعضهم كونها منكوحة بالعقد الدائم وكون الجماع في الفرج
وروى الصدوق والشيخ باسناد ضعيف عن يعقوب الجعفي قال سمعت ابا الحسن عليه السلام يقول لا بأس بالعزل في ستة وجوه المرأة اذا ايقنت
انها لا تلد والمسنة والمرأة السليطة والبذية والمرأة التي لا ترضع ولدها والامة وظاهر هذه الاخبار ان النهي كراهة وتحريماً مخصوص بالحرة الا
وان الحق بها المرأة [illegible] مع الشرط وغيره والنهي بالاذن وان لم يشترط في موضع النزاع اذا وقع النزاع [illegible]
فالحق [illegible] الكراهة والتحريم [illegible] بدون الشرط والاذن [illegible]
بالكراهة [illegible] الشهيد [illegible]
النطفة عشرة دنانير للمرأة وان قلنا بالكراهة والمستند ما رواه [illegible] عن علي عليه السلام [illegible]
[illegible] النزاع والملازمة بينهما ممنوعة [illegible] على القول بالجواز [illegible]
[illegible]
[illegible] بالقياس قوله لا يجوز للرجل ان يترك وطي امرأته اكثر من اربعة اشهر هذا الحكم موضع وفاق [illegible]
ضعيف السند [illegible] بن يحيى [illegible] عن الرجل يكون عنده المرأة الشابة [illegible] الاشهر والسنة
[illegible] اربعة اشهر [illegible]
ان عمر سأل نساء اهل المدينة لما خرج ازواجهن الى الجهاد وسمع امرأة تنشد ابياتاً [illegible]
من هذه [illegible] عن اكثر ما تصبر المرأة عن الجماع فقيل له اربعة اشهر والمعتبر من الوطي الواجب ما اوجب الغسل وان لم ينزل [illegible]
المحل المعهود فلا يكفي الدبر [illegible] الدائم [illegible] على موضع اليقين [illegible]
[illegible] قوله لا يجوز الدخول بالمرأة قبل ان تبلغ تسعاً ولو دخل لم تحرم لكن لو افضاها حرمت [illegible]
تحريم وطي الانثى قبل ان تبلغ تسعاً ولا في تحريمها مؤبداً مع الافضاء [illegible] بمجرد الوطي من غير افضاء فقد
ذهب الشيخ الى التحريم استناداً الى روايات تدل [illegible] مع ضعف سندها [illegible] على الافضاء [illegible]
[illegible] العقد [illegible] في التحريم الى رواية زرارة [illegible] الباقر عليه السلام قال لا يدخل بالجارية حتى يأتي لها تسع سنين
والمراد بالافضاء [illegible] مسلك البول والحيض واحد بذهاب الحاجز بينهما وقيل تصيير مسلك الغائط والحيض واحداً [illegible]
[illegible]
لا تخرج من حبالة [illegible] على الزوجية ولا منافاة بينه وبين التحريم [illegible] احكام الافضاء [illegible]
[illegible] قوله يكره للمسافر ان يطرق اهله ليلاً اي يدخل اليهم من السفر ليلاً بل ينبغي ان ينام خارج داره ثم يدخل
نهاراً [illegible] الكراهة [illegible] قبل الليل [illegible]
يكره للرجل اذا قدم من سفره ان يطرق اهله ليلاً [illegible]
الليل مع [illegible] قال كنا مع النبي صلى الله عليه وآله في غزوة فلما قدمنا

امن

[illegible] الدخول فقال [illegible] حتى ندخل ليلاً [illegible] قوله في خصائص النبي صلى الله عليه وآله وهي خمسة عشر خصلة منها ما هو في النكاح [illegible]
[illegible] ذكر خصائصه صلى الله عليه وآله في كتاب النكاح لان خصائصه صلى الله عليه وآله فيه اكثر واشهر فاتبعوها [illegible] المناسبة وقد ذكر منها
خمسة عشر شيئاً ستة في النكاح وتسعة في غيره فالاول من القسم الاول الزيادة على اربع نسوة في النكاح الدائم فانه مات
عن تسع نسوة عائشة وحفصة وام سلمة المخزومية وام حبيبة بنت ابي سفيان وميمونة بنت الحارث الهلالية وجويرية بنت الحارث
الخزاعية وسودة بنت زمعة وصفية بنت حيي بن اخطب الخيبرية وزينب بنت جحش وجميع من تزوج بهن خمس عشرة وجمع بين
احدى عشرة ودخل بثلاث عشرة وفارق امرأتين في حياته احديهما الكلبية التي رأى بكشحها بياضاً فقال الحقي باهلك والاخرى
التي تعوذت منه بخديعة الاوليين [illegible] قال ابو عبيدة تزوج ثماني عشرة واتخذ من الاماء ثلاثاً وعلل جواز
مجاوزة الاربع بامتناع الجور عليه لعصمته وهو منتقض بالامام عندنا لشرط عصمته وبقوله تعالى انا احللنا لك
ازواجك الاية وهل كان له الزيادة على التسع قيل لا لان الاصل استواء النبي صلى الله عليه وآله والامة في الحكم الا ما ثبت جواز
الزيادة الى التسع بفعله والاول الجواز [illegible] لما ذكره من العلة وما ثبت من انه جمع بين احدى عشرة الثاني العقد بلفظ
الهبة لقوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي الاية ثم لا يلزم بها مهر ابتداء ولا بالدخول كما هو مقتضي
كما يجوز وقوع الايجاب منها بلفظ الهبة كما هو مقتضى الاية يجوز وقوع القبول منه كذلك لان موردهما يعتبر ان يكون
[illegible] وقال بعض العامة يشترط لفظ النكاح من جهته لظاهر قوله تعالى ان اراد النبي ان يستنكحها ولا دلالة فيه لان نكاح
بلفظ الهبة يتحقق الثالث وجوب تخيير نسائه بين ارادته ومفارقته لقوله تعالى يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن
تردن الحيوة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحاً جميلاً الى قوله تعالى اجراً عظيماً والاصل فيه [illegible]
التعلق [illegible] الفقر والصبر عليه وطلب زينة الحيوة الدنيا [illegible] لذلك [illegible]
[illegible] هذه الاية يا ايها النبي قل لازواجك [illegible] الله ورسوله
هذا التخيير عند العامة القائلين بوقوع الطلاق بالكناية كناية عن الطلاق وقال بعضهم [illegible] وعندنا ليس الحكم
نفسه بل [illegible] الاية [illegible] الحيوة الدنيا وزينتها لطلقها لقوله تعالى وان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها فتعالين
امتعكن واسرحكن سراحاً جميلاً الرابع تحريم نكاح الاماء عليه بالعقد [illegible] من خوف العنت وهو
معصوم [illegible] الحرة [illegible]
[illegible] الزوجة مملوكة للغير [illegible] الولد [illegible]
من هذه العلل نظر لان الاولى [illegible] بالامام والثانية بامكان [illegible] بالنسبة الى النفقة وان انتفى المهر عنده
[illegible] ولكن الاكثر على المنع واما وطء الاماء بملك اليمين فكان سائغاً
الامة المسلمة بالعقد [illegible] لقوله تعالى وما ملكت يمينك [illegible] القبطية وكانت مسلمة [illegible] صفية وهي
[illegible] الخامس والسادس تحريم الاستبدال بنسائه اللواتي كن عنده وقت نزول هذه الاية
لا يحل لك النساء من بعد ولا ان تبدل بهن من ازواج ولو اعجبك حسنهن الاية وكذا يكره الزيادة عليهن [illegible]
مكافاة لهن على حسن صنيعهن معه [illegible] الله ورسوله والدار

الاخرة واستمر ذلك الى ان نسخ بقوله تعالى في الآية التي [illegible] انا احللنا لك ازواجك الآية ليكون المنة لرسول الله بترك التزوج عليهن وكذلك يعني
العامة ان التحريم لم ينسخ وفي اخبارنا عكس ذلك وان التحريم المذكور لم يقع وهذه من الخصوصيات لحصلت في وقت ابدا [illegible]
[illegible] حديث طويل [illegible] لا يحل لك النساء من بعد قال انما عنى به النساء اللاتي حرمن عليه في
الآية حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم الى آخر الآية [illegible]
ذلك [illegible] ان الله عز وجل احل لنبيه ما اراد من النساء الا ما حرم عليه في هذه الآية التي في النساء ومثله
روي عن الباقر عليه السلام قوله ومنها ما هو خارج عن النكاح وهو وجوب السواك والوتر والاضحية وقيام الليل وتحريم الصدقة
اي هذا هو القسم الثاني من خواصه في غير النكاح وهو كثير ذكر المصنف منه تسعة اشياء الاول وجوب السواك الثاني وجوب الوتر
الثالث وجوب الاضحية روي عنه صلى الله عليه وآله قال ثلث كتبت علي ولم تكتب عليكم السواك والوتر والاضحية وفي حديث آخر كتب علي
الوتر ولم يكتب عليكم وكتب علي الاضحية ولم يكتب عليكم [illegible] وهذه الروايات من جانبهم و
كذا [illegible] قيام الليل والتهجد فيه لقوله تعالى ومن الليل فتهجد به نافلة لك [illegible]

[illegible]

ومن الليل [illegible]

[illegible]

ان يدخل [illegible]

[illegible]

[illegible]

المنفع [illegible]

[illegible]

فيقتصر على المتيقن ولأن تجويز غيره يؤدي إلى انتشار الصيغة وعدم وقوفها على قاعدة فتصير العقد اللازم شبيهاً بالإباحة والعقود اللازمة
موقوفة على ثبوت أمر الشارع لأنها أسباب توقيفية فلا يجوز فيها ما لا دليل [illegible] ما ذكروه أولى وأحوط [illegible] الاقتصار عليها ابتداءً لا لأن
دليله غير واضح من غير جهة الاحتياط لأن المقصود من العقد لما كان هو الدلالة على القصد الباطني وكان المعتبر إنما هو القصد واللفظ
كاشف عنه كان الحق جوازه بكل لفظ دال عليه [illegible] وانحصار الدلالة فيما ذكر ممنوع [illegible] أن الماضي أرجح في الإنشاء عن غيره
ممنوع أيضاً لأن الأصل في الماضي أن يكون إخباراً لا إنشاءً وإنما الذي هو محل إنشاء بطريق النقل والأمر للطلب لا يفيد كما حققوه
في الأصول فلا هو بمجرده محتمل للإخبار والإنشاء وإنما يتعين لأحدهما بقرينة خارجة وهو مساوٍ للصريح ومع اقتران القرينة يكون
ذلك في غيره من صيغة الأمر وغيرها وأيضاً فإن الأمر بعض أفراد الإنشاء فكان أولى بخصوصه مع دلالة القرينة على إرادته وكل
ثم وجوب الاقتصار على المتيقن الاحتياط كما أنا [illegible] صيغة العقد بإحدى العبارات المفيدة لذلك [illegible] وقع النزاع فيها وأنه لم يرجح
البقاء على العقد فإن الحكم [illegible] خروج من اليقين إلى الشك ووقوع الحظر المنافي لما قالوه بتقدير
التزوج على الاحتياط وإن كان الاقتصار في الأصل على المتيقن أولى وأما التحفظ عن الاجتهاد فمن تحقق محل التقديرين لأنا نعتبر
اللفظ الدال على القصد الباطني لا مطلق اللفظ ومن اعتبر الألفاظ المنقولة عن النبي ص والأئمة ع [illegible] أو سمع ما قالوه [illegible]
قوله ولو أتى به بلفظ الأمر وقصد الإنشاء كقوله زوجنيها فقال زوجتك قيل يصح كما في خبر سهل الساعدي وهو حسن
لو أتى بلفظ المستقبل جاز [illegible] الدال على انعقاد الدائم بلفظ التمتع [illegible] لما اشترط في الصيغة إيقاعها بلفظ الماضي وبين
وجه الاشتراط أتبعه بمسألتين ورد النص فيهما بجواز وقوعه بغير لفظ الماضي أحدهما وقوعه بلفظ الأمر وأقصد به الإنشاء كما
ورد في خبر سهل الساعدي المشهور بين العامة والخاصة ورواه كل منهما في الصحيح وهو أن امرأة أتت رسول الله ص وقالت
يا رسول الله وهبت نفسي لك وقامت قياماً طويلاً فقام رجل وقال يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك فيها حاجة فقال رسول
الله ص هل عندك من شيء تصدقها إياه فقال ما عندي إلا إزاري هذا فقال رسول الله ص إن أعطيتها إزارك جلست لا إزار لك
التمس ولو خاتماً من حديد فلم يجد شيئاً فقال رسول الله ص هل معك من القرآن شيء قال نعم سورة كذا وسورة
كذا وسمّاها فقال رسول الله ص زوجتكها بما معك من القرآن وورد الخبر بألفاظ أخر متقاربة مشتركة في المقصود هنا
وغيره وله دلالة على أحكام كثيرة منها موضع النزاع وهو أن القبول وقع من الزوج بلفظ الأمر وأقره النبي ص [illegible]
بين الإيجاب والقبول والعمل بمضمونه في الاكتفاء بالقبول يوجب العمل بالباقي [illegible] المحقق [illegible] العقد
فلا يضر بخلاف تخلل الكلام الأجنبي [illegible] جماعة من الأصحاب منهم ابن إدريس والعلامة [illegible] إلى عدم الصحة لذلك وحملوا
في تقريب الخبر [illegible] في شرح الإرشاد على أن الواقع من النبي ص قام مقام الإيجاب والقبول لثبوت الولاية له
من قوله تعالى النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وفيه نظر لأن الولي المتولي للعقد عنهما يعتبر وقوع كلامه الإيجاب والقبول أيضاً
ولا يكتفي [illegible] من الفقهاء بلفظ واحد منهما [illegible] وفاق ولا ضرورة إلى جعل ذلك من خصوصيات النبي ص مع وجود
القبول اللفظي وقول جماعة من العلماء به ومنهم من نبّه على أن يكون الزوج قبل باللفظ بعد إيجاب النبي ص وإن لم ينقل وفيه أن
المعلوم وقوع ذلك التزويج بالمنقول وغيره ليس بمعلوم والأصل عدمه ولأن العامة والخاصة رووا الخبر بطرق مختلفة وألفاظ
متغايرة ولم يشتمل أحد منها [illegible] القبول الزوج بعد ذلك والظن يغلب على عدمه [illegible] النقل ولا ضرورة لنا إلى العمل بالظن
مع وجود الأصل الدال على عدمه وأما القول بأن الاكتفاء بالقبول السابق يستلزم تخلل كلام طويل بين الإيجاب والقبول [illegible]

ليس بظر

ليس في الخبر إنما صار إليه بالقبول المذكور وإن جعل السابق لم يكن مطابقاً لما وقع في الإيجاب من تزويجها على ما معه من القرآن
فقد عرفت جوابه فإن المعهود من عقود النبي ص والأئمة ع المنقولة عنهم خصوصاً عقد الجواد عليه السلام على ابنة المأمون يؤذن بالفصل
بين ذلك بما يتعلق بمصلحة العقد وليس على اعتبار المقارنة المحضة دليل صالح والقدر المعلوم اعتباره أن كان بعد القبول جواباً
للإيجاب ويظهر من كون جواز التراخي بين الإيجاب والقبول بأزيد من ذلك فإنما يعتبر في تحققه وقوعهما في مجلس واحد وإن
تراخى أحدهما عن الآخر والذي حال الخبر الاقتصار في العقد على ما وقع فيه لأن جميع العلماء يرونه ويحتجون به على أحكام كثيرة
تتعلق بجواز جعل القرآن مهراً وجواز تقديم القبول وجواز وقوعه بصيغة الأمر وجواز تزويج النبي ص المرأة بغير إذنها إلى غير ذلك
من الأحكام المترتبة على كونه عقداً ولأن ذلك لو صح لزم عدم الوثوق بشيء من العقود المنقولة من جهة الشارع لأنهم لم يصرحوا
بترتب الأثر عليها مع إمكان تجديدها بعد ذلك كما ذكروه هنا ولما كان المعتبر من القبول اللفظ الدال على القصد الباطني كان
الواقع من سهل الرضا بتزويجها خصوصاً مع الحالة التي وقعت بالقرآن كان اللفظ السابق مع عدم تجديده [illegible] دليلاً على
رضاه بما وقع آخراً لأنه وقع متصلاً بالواقع أخيراً وهذه الثانية وقوعه بصيغة المستقبل بأن قال الزوج أتزوجك [illegible]
بمهر [illegible] الإنشاء فقالت زوجتك وقد ذهب المصنف وجماعة إلى صحته لأن اللفظ المذكور إذا اقترن بقصد الإنشاء يصير صريحاً في المطلوب
ويؤيده رواية أبان بن تغلب في المتعة أتزوجك متعة فإذا قالت نعم فهي امرأتك وإذا كان ذلك صريحاً في المتعة فهو صالح للدوام
للنص الدال على انقلاب المتعة دائماً بالإخلال بالأجل فيدل على صلاحية هذا اللفظ للدوام وهو معنى قول المصنف ولو لم يذكر الأجل
انقلب دائماً وهو دليل على انعقاد الدائم بلفظ التمتع وكأنه جواب عن سؤال مقدر بأن يقال لا يلزم من وقوع المتعة بصيغة
المستقبل وقوع الدائم به لما بينهما من الاختلاف فأجاب بأن لفظ المتعة صالح لهما وإنما يتميزان بذكر الأجل وعدمه وهذا
معنى قوله على أنه لو قصد المتعة وأهمل ذكر الأجل انعقد دائماً فدل على اشتراكهما في اللفظ الدال على العقد بل يدل على جواز إيقاع الدائم
بلفظ التمتع كما ترجح فيلزم من صحة عقد المتعة به صحة الدائم ويظهر من المصنف أنه لم يستند في الحكم بالصحة إلى رواية أبان لأنه
حكم بالجواز ثم قال وفي رواية أبان [illegible] شاهد لا مستند [illegible] ضعف سندها فلا يصلح
للدلالة ومن منع انقلاب المتعة دائماً [illegible] استناد الحكم وليس بالذم للمصنف وما قيل من أنه يلزم من
صحة العقد بهذا اللفظ [illegible] إيجاب لأن نعم جواب القبول لا يكون إيجاباً وذلك باطل قطعاً ففيه أنه مصادرة لأن القائل
بذلك يجعل نعم إيجاباً لتضمنها لجميع الجملة التي هي زوجتك [illegible] فالقطع بالبطلان ممنوع وبطلانه وإن
كان البطلان في نفسه ممكناً ولا ريب أن الاقتصار ابتداءً في العقد على موضع الوفاق أولى قوله ولا يشترط في القبول مطابقته لعبارة
الإيجاب بل يصح الإيجاب بلفظ والقبول بآخر فلو قال زوجتك فقال قبلت النكاح أو أنكحتك فقال قبلت التزويج صح لما كان المعتبر من
القبول اللفظ الدال على الرضا بالإيجاب وكان كل [illegible] بلفظ التزويج والنكاح صحيح مع التعبير في أحدهما بأحدهما وفي
الآخر بالآخر لظهور المراد وكونهما بمنزلة المترادفين يجوز إقامة كل منهما مقام الآخر كما يجوز التعبير عن إيجابه بأحد الصيغتين وعن
القبول [illegible] هو المعنى المقصود باللفظ لا نفسه وهو حاصل في القبيلين قوله
ولو قال زوجت بنتك من فلان فقال نعم فقال الزوج قبلت صح لأن نعم يتضمن إعادة السؤال ولو لم يعد اللفظ وفيه تردد
وجه الصحة ما أشار إليه من أن نعم من ألفاظ الجواب تحذف بعدها الجملة ويقوم مقامها إذا قصد بها الإنشاء [illegible]
في قوة نعم زوجت بنتي من فلان فإذا قبل الزوج تم العقد وأفاد المطلوب صريحاً ووجه التردد ما ذكرناه من أن ركن العقد غير مذكور وإن [illegible]

ما يدل عليه فإن الثابت كون هذين اللفظين أو الألفاظ المشتركة سبباً للنكاح فيجب الاقتصار عليه لأن الأسباب لا يقاس عليها ولا يلزم
من تمامية السبب في شيء تماميته فيما هو خارج عنه وهذا هو الأشهر بين الأصحاب وقد تقدم في المسائل السابقة ما ينبه على ذلك
ولا يشترط تقديم الإيجاب بل لو قال تزوجت فقال الولي زوجتك صح [illegible] أكثر الأصحاب على جواز تقديم القبول في النكاح على
الإيجاب بل ادعى عليه الشيخ الإجماع لحصول المقتضي وهو العقد الجامع للإيجاب والقبول ولم يثبت اعتبار الترتيب بينهما و
لأن كلاً منهما في قوة الموجب القابل ونبّه عليه ما تقدم في خبر سهل الساعدي وبعض من منع من تقديم القبول في غيره
من العقود وجوّزه هنا وقالوا بأن الإيجاب يقع من المرأة وهي تستحيي غالباً [illegible] من أن تبتدئ به فاغتفر الابتداء
من الزوج بالقبول المتضمن لكل ما يطلب في العقد من المهر والشروط السائغة تخفيفاً للمؤنة على المرأة [illegible] الحكم
[illegible] القبول من وكيلها ووليها تبعاً لطرد الباب والاعتماد على التعليل الأول وهو شامل للجميع ورد بما قيل بعدم
صحته متقدماً لأن حقيقة القبول الرضا بالإيجاب فحيث وجد قبله لم يكن قبولاً لعدم معناه وفيه منع كون المراد بالقبول قبول
الإيجاب بل قبول النكاح وهو متحقق على التقديرين ولأنا نقول بموجبه فإن القبول حقيقة ما وقع بلفظ قبلت ولا إشكال
في عدم جواز تقديمه بهذا اللفظ وإنما الكلام فيما وقع بلفظ تزوجت وأنكحت فهو في معنى الإيجاب وتسميته قبولاً مجرد اصطلاح
قوله ولا يجوز العدول عن هذين اللفظين إلى ترجمتهما بغير العربية إلا مع العجز عن العربية ولو عجز أحد المتعاقدين تكلم
كل منهما بما يحسنه لما كان اللفظان وهما زوجتك وأنكحتك متعينين في الإيجاب وهما عربيان وقد ثبت شرعاً التعبير بهما
عن هذا المعنى وكونهما سبباً في تحقق عقد النكاح [illegible] الألفاظ الدالة عليهما بغير العربية [illegible] والشارع
[illegible] الزوج على النحو [illegible] المرسل ولأن غير العربية وإن [illegible] الكنايات
الدالة عليها بالعربية فكما لا يصح العقد عندنا بالكنايات لا يصح بغير العربية ولأن العقود المتلقاة من الشارع كلها
[illegible] العدول عنها إلى ما لم يثبت شرعاً كونه سبباً [illegible] الأحكام هذا هو المشهور بين علمائنا حتى كاد أن يكون إجماعاً
وذهب ابن حمزة إلى أن الإتيان باللفظ العربي [illegible] مستحب لا واجب لأن المقصود من الألفاظ دلالتها على الرضا الباطني فكل ما
دل عليه ولأن غير العربية [illegible] اللفظ المطلوب منهما كالمترادف [illegible]
تجويز الكناية للفرق بينهما فإن ما دل على اللفظ الصريح [illegible] بخلاف الكناية الدالة [illegible]
مع وجود التعبير بغير العربية [illegible] اللحن في اللفظ العربي الذي لا يغير المعنى بطريق أولى ومن اشترط مادة العربية [illegible]
وظاهرهم عدم اشتراط الإعراب لأن تركه لا يخل بأصل اللفظ العربي والأصل عدم اعتباره [illegible] ومنهم من رجح اشتراط الإعراب
مع القدرة لعين ما ذكر في اشتراط أصل العربية فإن المنقول عن الشارع [illegible] مع القدرة إلا مع العجز
فإن أمكن التعلم بغير عسر [illegible] لم يصح بدونه [illegible]
أصحهما العدم للأصل ولو عجز أحدهما دون الآخر تكلم كل منهما بما يحسنه [illegible]
لغة الآخر وإن كان في أصل العربية اعتبر فهم كل منهما كلام الآخر [illegible]
أحدهما لكلام الآخر اعتبر ترجمة ثقة يعرف بها المراد قوله ولو عجز عن النطق أصلاً [illegible] اقتصر العاجز على الإشارة إلى العقد و
الإيماء لا فرق بين كون العجز عن أصل الصيغة [illegible] ويكفي الإشارة كما يكفي في [illegible] الصلاة وسائر التصرفات القولية [illegible]
كون الإشارة مفهمة المراد ودالة على القصد [illegible] بما يعلم من حاله [illegible]

بإيماء

بإيماء أو لا يسقط القبول بالعجز قوله ولا ينعقد النكاح بلفظ البيع ولا الهبة ولا التمليك ولا الإجارة سواء ذكر فيه المهر أو جرده
هذا الحكم عندنا موضع وفاق وإنما نبه على خلاف جماعة من العامة حيث جوزوه بكل [illegible] من هذه الألفاظ
الدالة على المطلوب قوله لا عبرة في النكاح بعبارة الصبي إيجاباً وقبولاً ولا بعبارة المجنون لا فرق في ذلك بين الصبي المميز
وغيره ولا بين توليه ذلك لنفسه ولغيره فإن الشارع سلب عبارته بالأصل ومثله المجنون المطبق أو ذو الأدوار في وقت
جنونه أما في غيره فحكمه حكم العاقل وبالجملة فالمعتبر قصد المكلف إلى العقد قوله وفي السكران الذي لا يحصل تردد أظهره أنه لا يصح
ولو أفاق فأجاز وفي رواية إذا زوجت السكرى نفسها ثم أفاقت فرضيت أو دخل بها فأفاقت وأقرته كان ماضياً قد عرفت
أن شرط صحة العقد القصد إليه فالسكران الذي بلغ به السكر حداً أزال عقله وارتفع قصده نكاحه باطل كغيره من عقوده
في ذلك الذكر والأنثى هذا هو الذي يقتضيه القواعد الشرعية ومتى كان كذلك وعقد في هذه الحالة يقع عقده باطلاً فلا ينفعه
إجازته بعد الإفاقة لأن الإجازة لا تصحح ما وقع باطلاً من أصله والرواية التي أشار إليها الدالة على خلاف ذلك رواها
إسماعيل بن بزيع في الصحيح قال سألت أبا الحسن ع عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلاً في سكرها
ثم أفاقت فأنكرت ذلك ثم ظننت أنه يلزمها ففزعت منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج أحلال هو لها أم التزويج فاسد
لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها قال إذا أقامت معه بعدما أفاقت فهو رضى منها قلت ويجوز ذلك التزويج عليها قال نعم
وعمل بمضمون الرواية الشيخ في النهاية ومن تبعه [illegible] من حيث صحة سندها [illegible] من حيث مخالفتها القواعد الشرعية
وفي المختلف نزلها على سكر لا يبلغ حد عدم التحصيل فإنه إذا كان كذلك صح العقد مع تقريرها إياه وفيه نظر بيّن لأنه إذا لم
يبلغ ذلك القدر فعقدها صحيح وإن لم تقرره وترض به وبعد ذلك فالجمع بين اعتبار رضاها مع السكر [illegible]
بل اللازم إما اطراح الرواية رأساً أو العمل بمضمونها ولعل الأول أولى قوله لا يشترط في نكاح الرشيدة الولي ولا في شيء من
الأنكحة حضور شاهدين ولو تآمر الزوجان أو الأولياء بالكتمان لم يبطل أما عدم اشتراط الولي فهو موضع خلاف
للأصحاب [illegible] مع تحقق الخلاف [illegible] ذكره هنا [illegible] اشتراط
حضور الشاهدين بمقابلة المخالف المشترط لهما استناداً إلى الحديث [illegible] لا نكاح إلا بولي وشاهدين فلما اقترنا في الحكم والرواية
كان [illegible] التنبيه هنا على عدم اشتراط الإشهاد [illegible] ابن أبي عقيل [illegible] صيغة الندب
[illegible] الاستحباب [illegible] ولو تآمرا بالكتمان لم يبطل على خلاف [illegible] من العامة [illegible] على عدم اشتراط الإشهاد
لكن شرط عدم تواطئهما على الكتمان قوله إذا أوجب ثم جن أو أغمي عليه بطل حكم الإيجاب فلو قبل بعده كان لغواً وكذا لو سبق القبول
وزال العقل فلو أوجب الولي [illegible] كان لغواً وكذا في البيع [illegible] العقد اللازم قبل تمامه كان بمنزلة الجائز يجوز لكل منهما فسخه ويبطل
يبطل بما يبطل به الجائز من [illegible] الجنون والإغماء ولا فرق بين النكاح وغيره كالبيع وغيرهما من العقود اللازمة في ذلك [illegible]
كما لا يصح ذلك في الوكالة ونحوها [illegible] ولا يقطع [illegible] لأن التخاطب بين المتعاقدين
معتبر [illegible] العقد [illegible] لم يصح [illegible] الإيجاب توجه إلى
هذا القابل قبل النوم والأصل [illegible] موضع [illegible] لو قال المتوسط للولي زوجت ابنتك من فلان فقال
زوجتك ثم قال للزوج [illegible] قبلت نكاحها فالأقرب صحة العقد [illegible] وجود ركني العقد الإيجاب و
القبول وارتباط أحدهما بالآخر والثاني لا يصح لعدم التخاطب بين المتعاقدين [illegible] تخلل [illegible] هذا الكلام بين الإيجاب

والعتق لانه لا ... جنبيا ... يصح اشتراط الخيار في الصداق خاصة ولا يفسد به العقد اما صحة اشتراطه في الصداق فلانه
ذكر بغير شرط في صحة العقد فلا يفسد اشتراط الخيار فيه ... لان غايته ... العقد بغيره ... كالمفوضة ...
هو جائز ... خاصة على انه لا يصح اشتراطه في اصل النكاح ... ليس معاوضة محضة ولهذا لا يعتبر فيه العلم ...
عليه برؤية ولا وصف ... العوض ... فاسد ... العادة ...
الخيار ... ولهذا ... الطلاق قبل الدخول نصف المهر ...
... النكاح ...

[illegible]

[illegible]

قوله ...

[illegible]

[illegible]

برتخر دعواه لذلك لبطول الامر عليها وبتجدد عليها الضرر بترك التزوج فيكون سبيلا الى الرجوع اليه وهو يستلزم الحرج والاضرار
المنفيين بالآية والرواية وان قلنا بعدم سماع الدعوى على العقود عليها اصلا كما ذهب اليه [illegible] عدم جواز تزويجها الى ان يخرج
من حقه بانهاء الدعوى بنكول الاخر او حلفه [illegible] قوله اذا تزوج العبد بمملوكة ثم اذن له
المولى في ابتياعها فان اشتراها لمولاها فالعقد باق وان اشتراها لنفسه باذنه او ملكه اياها العبد بابتياعها فان قلنا العبد يملك
بطل العقد والا كان باقيا اذا اذن المولى للعبد ان يشتري زوجته من مولاها فلا يخ اما ان ياذن له بان يشتريها للمولى او للعبد

[illegible]

259

[illegible]

260

[illegible]

اسقطها عن المرأة في مواضع من قبيل هذا الاستدلال على عموم قوله اذا بلغ الماء كرا لم يحمل خبثا ومفتاح الصلوة الطهور وتحريمها التكبير و
تحليلها التسليم وغير ذلك مما هو كثير وقد ظهر من جميع ما حققناه ان دلالة هذه الرواية في غير الامر الاول انها مشتملة على شبهات كثيرة
لا يقاوم ما يستنبط مما يدل صريحا على ثبوت الولاية من النصوص الصحيحة اما الرابعة فهي اوضح سندا لكون في طريقها العمرة الذي ...
عندي نظر لان في طريقها العباس عن هشام الى الاب وهذا الاسم مشترك بين الثقة والضعيف وان كان الاول اكثر و يغلب على الظن ...
وان كان ذلك للتغير كافيا في الحكم بالصحة لقيام الاحتمال ومع ذلك فهي في قصور الدلالة على المطلوب فانما استبدال البكر انما يعتبر في الحكم
باستقلال الولي لكنه لا ينافي اشتراك الولاية بينهما وهو احد الاقوال في المسئلة والرواية ... في طريقها موسى بن بكر وهو واقفي
ضعيف وفي دلالتها ما تقدم من ان ملك البكر امرها اعني المنازعة والتخلص منه مما قررناه ويقربه ذكر البقرة في البيع والشراء
يفيد ان ملك الامر يراد به رفع الحجر عن المال والكلام في الرواية السادسة والسابعة كالتي قبلهما اسنادا وسندا وفي الثامنة ضعف
السند وفي الجميع الشك في العموم من حيث المحكوم عليه معرفة بحلي اللام واما دعوى الاجماع فواقعة بجميع كلمات ... ويمكن
قبولها بالنسبة الى السابقين على المرتضى لما عرفت من الصدوق والمفيد وابن ابي عقيل من اهل الفتوى واما اهل الحديث فاستعمال الصحيح
دال على خلافه فكيف يتفق الخلاف ولما اصالة عدم الاشتراط فيعارضها بمثلها لان الاستصحاب الحجر مع الاصل المعتبر وهو ...
مع الخصم وان اضيف اليها ما يدل على اثبات الولاية من الروايات ارتفع الاصل المدعى اصلا وكون البلوغ والرشد مناط التصرف مطلقا
عين المتنازع وفي بعضه لا يفيد والملازمة بين النكاح وغيره ممنوعة والفارق قائم فان الطلاق والبناء سيما البكر على اهل الرجال
عزيز وغيره والنكاح لا يتلذذ في حجر المرأة ومبني رأيها على الوهن والفساد ويتعيب بها الاولياء بغير السداد فلا يقاس النكاح على المال
الذي يسهل جبره ... التامة من الروايات ...
قول المتوهم لا انكاح الا بولي اخرج منه ما اجمع على عدم اعتبار الولاية فيه فبقي الباقي قد بلغ سنه ... امر ... المرأة
بغير اذن وليها فنكاحها باطل ثلثا ... من اشتراط الولاية في المرأة مطلقا ... ابن ابي عقيل ...
كما وافقهم على اشتراط الاشهاد ومنها صحيحة ابن ابي يعفور عن الصادق عليه السلام قال لا تزوج ذوات الاباء من الابكار الا باذن ابائهن
معناه النفي والاصل فيه التحريم ومنها صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال لا تستأمر الجارية اذا كانت بين ابويها ليس لها مع الاب امر
وقال يستأمرها كل احد ما عدا الاب ولا يحمل على الصغيرة لان ... ليبطل به مذهب القائل بشركتها
والقائل بالتشريك ومنها صحيحة العلاء بن رزين عن ابي عبد الله عليه السلام قال لا تزوج ذوات الاباء من الابكار الا باذن ابائهن ومنها
صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام في الجارية يزوجها ابوها بغير رضا منها قال ليس لها مع ابيها امر اذا انكحها جاز نكاحه وان كانت
كارهة ومنها صحيحة زرارة قال سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول لا ينقض النكاح الا الاب وجه الدلالة ان قوله لا ينقض الا الاب
عام لانه نكرة في سياق النفي اذ التقدير لا ينقضه احد وقد خرج منه بالاستثناء الثيب والذكر البالغ بالاجماع او بغيره من الادلة
فبقي الباقي داخلا ... مختصة او مشتركة ... وقد دخلت في الجملة المنفية ...
ابن يعفور عن الصادق عليه السلام قال اذا كانت الجارية بين ابويها فليس لها مع ابيها امر ولو كانت قد تزوجت لم يزوجها الا برضا منها
ومنها رواية عبيد الله بن زرارة الصلت قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء الها مع ابيها امر فقال لها ليس لها مع ابيها
امر ما لم تثيب يعني تصير ثيبا ومنها رواية الفضل بن عبد الملك عن ابي عبد الله عليه السلام قال لا تستأمر الجارية التي بين ابويها فاذا
اراد ابوها ان يزوجها هو انظر لها فاما الثيب فانها تستأذن وان كانت بين ابويها اذا ارادا ان يزوجاها الثاني الاصل ...

الاستصحاب فان الولاية كانت ثابتة عليها قبل البلوغ فيستصحب الى ان يثبت المزيل ومن اعتبر ما ذكر من الادلة الا انه بعد
المزيل الثالث الاعتبار فان سلبها الولاية حكمة تقتضيها القصور رأي المرأة خصوصا في معرفة الصالح من الرجال فلولا كون ...
من طالب النظر الاب لزم العار عليها وعلى اهلها غالبا والجواب عن جميع هذه بامر واحد هو انا ان اخذنا بظاهرها الزم اطراح
تلك الاخبار الدالة على نفي الولاية عنها جملة وحتى كان في تلك الاخبار خبر واحد يعتني به فلابد من الجمع بينه وبين هذه وفي
طريق الجمع بين ان يحمل نهي استبدادها على الكراهة والنهي على نفي الكمال او البطلان على الباغية في عدم استبدادها برأيها
بحيث يعد ما ترتب عليها كالباطل فلا ينافي الاباء ذلك وعدم استبدادها في باقي الاخبار على انها لا يجعل لها مع ابيها رأيا
بل يفوض الامر اليه جملة ويفهم من ذلك قول النبي للبكر في الخبر السابق اختري ما صنع ابوك تصنعه الامر اليه ثم عقبه
لما كرهت بقوله ان ذهبي فانكحي من شئت فاذا علمنا انه لا يكون قد اعتبرنا جميع الاخبار من الطرفين بخلاف ما
اذا ابقينا هذه على ظاهرها فان تلك الاخبار لا تقبل الحمل على ما يتحقق الجمع فانه وان امكن حمل امرها بيدها على الثيب فيها
لا يمكن حمله عليها التصريح بالبكر في كثير منها نعم لو فرض اطراح الاخبار الضعيفة من الجانبين واعتني بالجمع بين الصحيح منها
امكن حمل قوله في الصحيحة تستأمر البكر وغيرها على الاستحباب وقوله في الحسن التي ملكت امرها غير المولى عليها على الثيب الا
انه لا يبقى حينئذ ان الجمع لما كان صحيحا بالامرين معا فلا يتعين احد الطرفين لاحتمال كون كل واحد منهما ويبقى مع الاول اصالة صحة
العقد على تقدير صدوره بغير اذن الولي ولا يعارض باستصحاب الولاية الثابتة قبل الاصول ايضا لان هذا الاصل وقد
انقطع بالبلوغ والرشد في نظر الشارع بذلك الاصل وغيره ولو كان معتبرا في مسئلة للنكاح لكان الاستدلال باصالة الصحة
العقد في موضع من المواضع وبهذا يرجح الجمع بحمل هذه الاخبار على ما ذكرناه ويظهر الفرق بين اصالة التصرف في عقد المرأة
وعقد ابيها وغيرها ايضا الجمع الاخبار الصحيحة وغيرها وهو اولى من الاطراح بعضها الامكان صدق كل واحد واما الكلام على
خصوص هذه الاخبار فنقول الاول ان منها عاميان وقد عارضهما ما هو في الاول فلابد من الجمع وهو ممكن على انه قد طعن
في سندها محققوهم والثاني نقلوه من الزهري وقد انكره وقال ابن جريج سألت الزهري عن هذا الخبر فلم يعرفه فيسقط
ويبقى الخبر الاول لان المنفي فيه ماهية النكاح ونفي الماهيات غير مراد في مثل ذلك والحمل على المجاز واسع ومنه حمله على نفي
الكمال كقوله لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد ونفي الصحة وان كان اقرب المجازات الى الحقيقة الا انه يوجب اطراح الاخبار المكافئة له
في الاسناد وحينئذ ما على تقدير الاوليين بظاهر القرآن كما سبق واما الثالث فانه وان كانت مشهورة بين الباحثين في
المسئلة كالعلامة والشهيد ومن تبعهما في ذلك الا انا تحققنا فيه نظر فان في طريقه علي بن الحكم وهو مشترك بين الثقة وغيره
... من الحكم ... وقد تقدم منا الكلام على نظيره ... من حيث الدلالة على ... لا تزوج ذوات من الابكار الا باذن ابائهن
كما يمكن حمل من فيه على البيانية فيعم الصغيرة والكبيرة يمكن حملها على التبعيضية فلا يدل على موضع النزاع ولا يعين
الابكار وهي الصغيرة لا تزوج الا باذن ابيها اجماعا و ... اذا كان محتملا سقط الاحتجاج بها في مقابلة تلك ولا يقدح في ذلك
بعد الحمل على التبعيض ... فائدة التقييد بالابكار من حيث ان الصغيرة الثيب حكمها كذلك ... البناء في العقد على
الغالب من ان الصغيرة لا يكون الا بكرا ... طريق الجمع ... وكذا احمل النهي فيه على الكراهة ثم على
تقدير التحريم لا يدل على فساد العقد ... لان النهي في غير العبادة لا يدل على الفساد ولا يقدح في ذلك القول
بالتحريم من دون ... لم يقل به احد لان مثل هذا في المسئلة المنتشرة الاقوال غير مسموع عند المحققين على انا ...

من الاقوال المحدث في وقت واحد فالمتأخر يرد فيه ذلك وهذا الكلام بعيد عن التحقيق واما الرابع فالكلام في صحته كما مر في الثالث
فان في طريقه ايضا علي بن الحكم ... مستند ... من حيث الجد ... مع عدم استثنائه مع الاب
يقال انه داخل فيه لا انه اب لمنع كونه كذلك حقيقة والا لما كان ... وانه في حيث يقع الولاية للاب للجد مجردا استعمال
فيه اعم من الحقيقة ومبادرة الذهن عند اطلاق اللفظ الى غير الجد وتوقف حمله عليه على القرينة وصحة سلبه عنه مقال الجد ليس
باب دليل على المجاز والكلام على الخبر الخامس كالكلام على الثالث متنا وسندا اما سندا فانه واحد الائمة لما وصل الى العلاء
رواه عن الصادق عليه السلام هنا وفي الخبر السابق رواه عنه بواسطة ابن ابي يعفور ... عن الصادق عليه السلام ... ونقلته
من ... لكتابة وانما جمعت بينهما مع اتفاقهما ... بالتعدد ... متنه ...
جمع الضمير فيه العائد على ذوات الاباء ... مع جمع من يعود اليه الضمير ومع هذا
يظهر ان الخبرين واحد وانه سقط من نسخة ... التهذيب عن عبد الله بن ابي يعفور عن الواسطة بين العلاء وبين الصادق
لان الشيخ في التهذيب والاستبصار رواه الكليني واثبت الواسطة ولم يذكر غيره والموجود في الكليني ما ذكرناه من عدم ذكر الواسطة فكان ذلك
قرينة سقوطها من هذه النسخة وثبوتها في نسخة الكافي التي نقل منها الشيخ واما السادس ففي صحته بحث وذلك لان الشيخ روى عن
الحسين بن سعيد عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي وحماد مشترك بين الثقة وغيره فلا يكون صحيحا بهذا الاسناد
وفي روايته عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حماد بن عثمان عن الحلبي ... حماد بن عثمان ثقة
طريق الكافي من الحسن لان ابراهيم بن هاشم ... والمطلق في طريق الشيخ من طريق الكليني
الحسن ... الجمع ... نكاح البكر مع كونها كارهة ...
وينبغي حمله على مثل ما تقدم من انه ينبغي لها ان لا تجعل لها مع ابيها امرا ... وان تجتهد في نظره والتماس النكاح وان كانت
كارهة ... الجمع ... الشهيد في شرحه ...
لم يذكروا هذا الخبر مع انه اقوى ... واما السابع فالكلام في ... من جهة السند ... الشيخ
في سنده علي بن فضال ... لكن الكليني رواه بطريق صحيح ... محمد بن عيسى
عن ابن محبوب ... على ابن فضال ... السند ...
بواسطة جماعة ... محمد بن يحيى ... في الحديث الذي قبله بلا فصل
فيكون صحيحا الا انه يحمل ... جهة المتن ... النكاح لا ينقضه الا الاب مع ان الحلي ...
ويمكن نقضه ... العام ...
فيتناول موضع النزاع ومع ذلك ... الصغيرة ...
فان الثيب والذكر البالغ ... ما سبق من الادلة ... في الباقي غير موضع النزاع
واما الخبران الاخيران فيشتركان في ضعف السند بالرجلين المذكورين فيهما ... والكلام ... لما سبق واما ...
فعلى تقدير ... ما ... الاعتبار ...
لتاسيس الاحكام ولو تم لزم ثبوت الولاية ... الى الاول ان الجمع بين ... له
فان ... البكر ... ولاية الاب ...

كان العقد اذ احسن رعي رايها فقد علمنا الجميع الادلة الثاني موثقة صفوان قال استشار عبد الرحمن الكاظم عليه السلام في تزويج ابنته
لابن اخيه فقال افعل ويكون ذلك برضاها فان لها في نفسها نصيبا واستشار خالد بن داود موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته
علي بن جعفر فقال افعل ويكون ذلك برضاها فان لها في نفسها حظا والدلالة فيهما من قوله افعل ويكون ذلك برضاها فان
اضل امر ... لولا ان لم يفعل المحسن ... بكونه برضاها ... ولا لم يعتبر ... نصيبا وحظا
فان منطوقه يدل على ثبوت ولاية له ومفهومه على ثبوت ولاية الاب لان النصيب والحظ لا يستوعبان الحق بل بعضه
اذ ... الصغيرة ... الاولى ... والثانية ... على المنازع و...
... الاول ... من الجانبين ... الاشتراك ... الجمع ... الثاني ضعف
او لا ... دلالته على المطلوب ثانيا ... بالامر ... الثيب ... مع ...
بل يجوز ان ... للاجنبي ... مباشرة العقد ... رضاها ... حظ النصيب فلا
حظ لها ... الصحيفة ... القول السادس وهو القول المشترك بينها وبين الاب
حيث ان النصوص الدالة على ولاية الاب لا ... من الاولياء فيقتصر فيها على مورده ... الجمع ويبقى ادلة
اولويتها في غيرها ... الحقيقة ... واما اصحاب القول الرابع
القائلون بثبوت الولاية عليها في الدائم دون المنقطع فاحتجوا بوجهين الاول الجمع بين الاخبار بتخصيصها في الجانبين كل واحد
بنوع من النكاح ... الدائم ... الولاية عليها ... من النفقة والميراث ... وغيرها
من المتعة والمرأة ... النظر ... تحصيل المناسب ... المتعة ... رواية ابي سعيد
القماط عن الصادق عليه السلام ... سئل عن المتعة بالبكر مع ابويها قال لا بأس ... لا ... لا افعله ... ورفع البأس
يقتضي الجواز بالمعنى الاول لان البأس هنا ... الكلام الاخير ... رواية الحلبي قال سألته عن المتعة
بالبكر بلا اذن ابويها قال لا بأس ... العكس ... الفرق
مناسبة ولا ... الاحكام ... الاصول ... الخبر الاول ...
فلا ... على عدم الجواز في الدائم ايضا والثاني مقطوع ... العام ... الحكم في
الدائم ... رواه ابو مريم عن الصادق عليه السلام ... لا تزوج ... الاباء ... العاكسون
بوجهين الاول ان النكاح حقيقة في الدائم ... انما يحمل على الحقيقة ... المقدم
مبادرة الذهن عند اطلاقه ... الاشتراك ... الثاني ان استقلالها
بالمتعة ... الاولياء ... الاباء ... الاكثر ...
حتى انه ربما ... النساء ... عليه السلام ... البكر ...
... الدائم بالحقيقة ... النقيض ...
ولزوم الاشتراك ... العقد ... حقيقة ...
... العقد الدائم ... المتعة ... حقيقة في الوطي ...
قبيل المتواطي لا المشترك ... الشرعية ... الشيء ... في

بل وفي الدائم اذا كان بغير رضى الولي حد بالجملة ونحوه ليطابق قوله فالبلوى بمثله فيما سلف وانما طولنا الكلام في هذه المسئلة لعموم
البلوى بها والتباس الحكم فيها وبعد هذا كله فالذي يقتضيه الاحتياط للدين في هذا الحكم المترتب عليه امور مهمة من التحريم والاباحة
والاموال ان يجمع في العقد على البكر بين اذنها واذن الاب ومن في حكمه بان توكله في العقد او يوكلا ثالثا فيقع العقد صحيحا بالاجماع والله
الموفق قوله اما اذا عضلها الولي وهو ان لا يزوجها من كفو مع رغبتها فانه يجوز لها ان تزوج نفسها ولو كرها اجماعا
العضل لغة هو المنع والمراد هنا منعها من التزويج بكفوها اذا طلبت ذلك والحديث عنه هو البكر الرشيدة البالغة وان لم يصرح
بالبلوغ لانه معتبر اجماعا والاجماع على استقلالها حينئذ من علمائنا [illegible] لان اكثر العامة يرون عبارتها مسلوبة في النكاح
وحينئذ زوجها الحاكم ومنهم من يجوز لها تولي العقد حينئذ وسيأتي كلام فيه ذكره فلا يجوزون لها الاستقلال ونقل عن جميع
علمائنا [illegible] اشتراط مراجعة الحاكم [illegible] واثبات العضل عنده والا لم يكن لها التزويج كما يقوله العامة
ولا فرق في الحكم بين ان [illegible] وقد رغب كل منهما في صاحبه [illegible]
[illegible] ولو [illegible] مطلقا اذا كان كفوا [illegible] الاب [illegible] تقديم مختاره نظرا الى
ان [illegible] الاصلح لها [illegible] ولا فرق في تحقق العضل
[illegible] قوله ولا ولاية لهما على الثيب مع البلوغ والرشد ولا على البالغ الرشيد اما انتفاء ولايتهما على البالغ
الرشيد فمحل وفاق واما الثيب فقد اشرنا الى الخلاف فيها وان الاصح انتفاؤه ولانهما عليها للاصل والاخبار الصحيحة
عبد الله بن سنان قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن المراة الثيب تخطب الى نفسها قال نعم هي املك بنفسها تولي امرها من
شاءت اذا كان كفوا بعد ان تكون قد نكحت زوجا قبل ذلك وغيرها من الاخبار [illegible]
[illegible] عامة [illegible] عند التعارض [illegible] عن سعد بن
اسمعيل عن ابيه [illegible] قال سألت الرضا عليه السلام عن رجل تزوج بكرا او ثيبا لا يعلم ابوها [illegible]
[illegible] لانه نفي الحكم [illegible] ومع ذلك ليس [illegible]
فيها ويمكن حمله على الكراهة واعلم ان الثيبوبة تتحقق بزوال البكارة بوطء وغيره [illegible]
[illegible] في الرواية السابقة [illegible] قبل البلوغ ام بعده [illegible]
للاصل قوله ولهما على الجميع مع الجنون [illegible] مع الاخافة [illegible] ثبوت ولايتهما على المجنون [illegible]
[illegible] بالصغر [illegible] بعد البلوغ والرشد [illegible] ولايتهما عليه [illegible]
[illegible] ولايتهما عليه [illegible] البلوغ والرشد [illegible]
[illegible] في هذه الحالة الى الحاكم [illegible] فان تزويج الاب [illegible]
[illegible] وولاية الحاكم في التزويج [illegible] المصلحة [illegible] الولاية على المجنون [illegible]
لم يعد الاخافة اجماعا قوله والمولى ان يزوج مملوكه صغيرة كانت او كبيرة عاقلة او مجنونة ولا خيار لهما معه وكذا الحكم
في العبد [illegible] المولى [illegible] لان منافعهما [illegible] مملوكة للمولى [illegible]
[illegible] وكذا [illegible] الصغير واما الكبير [illegible]

عليه النكاح

على النكاح لما ذكر من الدليل ولقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم وقوله تعالى عبدا مملوكا لا يقدر على شيء
[illegible] قال سألته [illegible] مملوك تزوج بغير اذن سيده [illegible] الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق
بينهما [illegible] ولبعض العامة قول بانه يملك اجبار الكبير لانه يملك الطلاق [illegible] اجباره على النكاح كالولد الكبير [illegible]
يملك رفع النكاح بالطلاق فكيف يجبر [illegible] وتظهر الفائدة في [illegible] العبد [illegible] الفرق بينه وبين
الكبير [illegible] النكاح [illegible] على النكاح
[illegible] على النكاح [illegible]
[illegible] المكره [illegible]
[illegible] فائدة وليس للحاكم ولاية في النكاح على من لم يبلغ ولا على بالغ رشيد وتثبت ولايته على
من بلغ غير رشيد او تجدد فساد عقله [illegible] والمراد بالحاكم الامام العادل او من اذن له في ذلك
او الفقيه الجامع لشرائط الافتاء [illegible] البالغ الرشيد [illegible]
[illegible] البكر البالغة الرشيدة [illegible] النكاح [illegible]
والاصحاب [illegible] الولاية لها الا الحاكم [illegible]
[illegible] الحاكم [illegible]
الحاكم على الصغيرة [illegible]
وكذا على من بلغ غير رشيد [illegible] في المال [illegible] النكاح [illegible]
[illegible] الصادق [illegible] قال الذي بيده عقدة النكاح هو ولي امرها [illegible]
[illegible]
[illegible] ثبوت الحكم
[illegible]
والحاكم [illegible] ولاية الاب والجد
[illegible]
[illegible] الولاية للاب والجد [illegible] الحاكم [illegible] الولاية على السفيه [illegible]
في تزويج [illegible] قوله ولا ولاية للوصي وان نص له الموصي على الانكاح [illegible] فاسد العقل اذا
كان به ضرورة الى النكاح [illegible] ولاية التزويج [illegible]
[illegible]
[illegible] بعد الموت [illegible] الولاية [illegible] حاجة الصغير
[illegible] الولاية [illegible]
في نكاح الصغير [illegible]
[illegible]

علی الایجاد ٢٦٣

[illegible] قوله [illegible] يجوز [illegible]
عقدة النكاح هو الاب والاخ والرجل يوصي اليه وذكر الاخ غير مناف [illegible]
او وكيلا لها وهذا هو [illegible] الشهيد في الشرح وقبلهما الشيخ [illegible] ولو نص الموصي على
التزويج فهو اولى بالحكم [illegible] اختصاص [illegible]
[illegible] الصبي فاسد العقل ويكون له حاجة الى النكاح [illegible]
[illegible] الاتفاق عليه [illegible]
[illegible] هذه الصورة [illegible] ولاية التزويج في الجملة [illegible]
عليه لانهم [illegible] كالاتفاق [illegible]
قوله [illegible]
يجوز له ان يتزوج غير مضطر ولو عقد كان العقد فاسدا فان اضطر الى النكاح جاز للحاكم ان ياذن له [illegible]
[illegible] العقد [illegible]
[illegible] النكاح [illegible]
كان فاسدا [illegible]
لانه وطء شبهة وان اضطر الى التزويج [illegible]
للحاجة [illegible]
وقيل لا بد من تعيين الزوجة [illegible]
زيادة على العقد المأذون شرعا اذ الفرض كونه مستقلا [illegible]
لانه [illegible] المثل مع الدخول [illegible] التعيين [illegible] الاذن [illegible]
مقيدا بالمصلحة [illegible] مع التعيين [illegible] المثل مع
جهلها [illegible]
ان فائدة اذن الحاكم [illegible]
الاذن [illegible] العقد [illegible] الحاكم [illegible]
[illegible] العقد [illegible]
على اذن الحاكم مع وجوده [illegible]
[illegible] النكاح [illegible] على اذن الولي مع امكانه [illegible]
العقد [illegible] قوله اذا وكلت البالغة الرشيدة في العقد مطلقا لم يكن له ان يزوجها
من نفسه الا مع اذنها [illegible]
اذا وكلت المراة [illegible] في تزويجها [illegible] الاذن [illegible]
[illegible]
من نفسه اما مع التعيين [illegible] واما مع الاطلاق [illegible]

[illegible]

[illegible] المطلوب [illegible] الاذن [illegible]
[illegible] بين الزوج
والزوج [illegible] العموم [illegible]
من الاكفاء [illegible] الاطلاق [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] الاشكال [illegible]
التعيين [illegible]
قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن امراة تكون في اهل بيت [illegible]
[illegible]
للاصل [illegible]
[illegible] المنع [illegible]
[illegible] على المنع
من [illegible]
[illegible]
[illegible] قوله اما لو زوجها الجد [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] المباشرة [illegible]
[illegible] قوله اذا زوجها الولي بدون مهر المثل [illegible]
[illegible] مهر المثل [illegible] المصلحة
[illegible] مهر المثل [illegible]
[illegible]
[illegible] الزوج [illegible]
[illegible]
[illegible] العقد [illegible]
[illegible] النكاح [illegible]
[illegible] العقد [illegible]
[illegible] النكاح

٢٦٤

عقد معاوضة في الجملة وإن لم يكن محضة ومقابلة البضع بدون عوض مثله مجبر بالتخيير ومجرد المصلحة ينبغي لتغير في بعض
الأغراض كالوداع الوكيل مطلقا بدون ثمن المثل وإن كان هناك مصلحة للموكل والفرق بين البيع والنكاح حيث حكم هنا بصحة
العقد دون البيع بأقل من ثمن المثل ما أشرنا إليه من أن المهر ليس ركنا في النكاح فلا مدخل له في صحته وفساده وإنما يقتضيه
بالتخيير في فسخه والرجوع إلى مهر المثل والتعليل بجواز عفو الولي لا يدل على المدعى وإن عفوه ثبت على خلاف الأصل في موضع
خاص وهو بعد الطلاق وقبل الدخول فلا يتعدى والاعتراض لأن الأصل في تعدد مراعاة المصلحة للمولى عليه ووجوب انتفاء
الأغراض في العقد هنا أن العقد المأذون فيه شرعا على وجه اللزوم هو العقد بمهر المثل ومن ثم لم يجب عليها التزام مجموع ما حصل
في هذا العقد ثم إن تراضيهما إنما وقع هنا على العقد المشتمل على المسمى فمتى لم يكن ماضيا كان لها فسخه من أصله والأصل في
هذا البناء أن الواقع أمر واحد وهو العقد الشخصي المذكور فإذا لم يكن ذلك لازما لها فسخته في العقد وهذا أمر ... أصل
العقد صحيح وإنما المانع من قبل المهر ويكون جبره منسحبا خاصة بالرجوع إلى مهر المثل ولا يتم أنهما لا يجتمعان لأنه لا تلازم بينهما ما دام
المثل في أحدهما لا ينفصل الآخر نعم يتجه على تقدير فسخها في المسمى ثبوت الخيار للزوج في فسخ العقد وإمضائه لأنه لم يرض بالعقد إلا
على ذلك الوجه المخصوص ولم يتم له ... بمهر المثل على وجه القهر ... إلا أن يكون عالما بالحال والحكم فيقوى عدم
تخييره لقدومه على عقد يجوز أن يؤول إلى ذلك ... وخص بعضهم مورد الخلاف بما إذا وقع العقد المذكور على وجه المصلحة للبنت
فلو لم يكن فيه مصلحة بطل العقد من رأسه لأنه عقد جرى على خلاف المصلحة فلا يكون صحيحا لما تقدم من تعليل المصنف ... العقد
ثم احتمل في لزوم ... لأنه أمكن إلا أن يجعل مورد الخلاف وعلى هذا فيتحرر في المسألة صور الأولى أن يعقد عليها بأقل من مهر المثل
على وجه المصلحة ولا اعتراض لها في شيء منه الثانية الصورة بحالها لكن لا على وجه المصلحة والأصح أنه كالأولى الثالثة كذلك
بدون مهر المثل على وجه المصلحة والأقوى أنه لا اعتراض لها مع احتماله في المسمى الرابعة كذلك لكن بدون المصلحة فلها
الاعتراض في المسمى خاصة وفاقا للمصنف ... تخيير الزوج في أصل العقد كما مر الخامسة أن يزوجها من غير كفو بمهر المثل فلها الخيار
في أصل العقد مع احتمال البطلان من رأس والوجهان مبنيان على حكم عقد الفضولي في النكاح وسيأتي البحث فيه السادسة
كذلك بدون مهر المثل فلها الخيار في كل منهما فإن فسخت العقد انفسخا وإن فسخت المهر خاصة رجعت إلى مهر المثل وأطلق
اعتبار المصلحة وعدمها لا يأتي وإن عرض ولا مدخل لها في لزوم العقد لأن الكفاءة شرط في لزوم العقد الواقع من الولي هذا إذا
لم يكن الإخلال بها موجبا لفساد العقد وإلا فلا إشكال والحاصل أنه لا فرق على القول بجواز اعتراضها بين كون الولي هو الأب و
الجد أو الحاكم وعلى القول بعدم الاعتراض يحتمل الفرق وتخصيص الحكم بمن يجوز له العفو عن بعض المهر كما يقتضيه التعليل لأن
الذي بيده عقدة النكاح هو الأب والجد خاصة فلها الاعتراض لو كان المزوج هو الحاكم إن قلنا بجوازه على بعض الوجوه أو الوصي
كذلك لأن التعليل بجواز العفو لا يأتي فيهما وبعض الأصحاب صرح بأن الحكم مختص بالولي ... مخرج ... بأن تولاه
الأب والجد ... يمكن أن يؤيد به ما ذكره ... على المعهود الغالب ... نظرا إلى ما ذكر في
العلة الأولى فإنها لا تتوقف على جواز العفو وعلى أن من بيده عقدة النكاح يشمل الجميع وسيأتي البحث فيه إن شاء الله تعالى قوله ورد
عبارة المرأة معتبرة في العقد مع البلوغ والرشد فيجوز لها أن تزوج نفسها وأن تكون وكيلة لغيرها إيجابا وقبولا هذا الحكم
مبني على ما سبق من أن المرأة ... ليس لأحد ولاية عليها في النكاح مطلقا أو مع البكارة أو مع عدم الرشد فعلى المختار ... الفقه
الرشيدة مطلقا لا ولاية عليها فعبارتها معتبرة في النكاح كغيره وكما يجوز لها أن تزوج نفسها يجوز لها أن تزوج غيرها كأمتها

وإن يوكل غيرها في ذلك وبالجملة فعبارتها معتبرة في النكاح مطلقا ومن سلب ولايتها عنه ومن العامة مطلقا كالشافعي سلب عبارتها
في النكاح مطلقا فليس لها أن تتولاه لنفسها ولا لغيرها وإن أذن لها الولي وتوكلت عنه وبالجملة فعبارتها مسلوبة فيه
مطلقا إيجابا وقبولا ومن أثبت الولاية عليها في حال دون حال فعبارتها مسلوبة في الجملة فيمتنع عندهم أن تكون هي
وإن تعقد لنفسها حيث لا يكون عليها ولاية وإن تتوكل عن الولي حيث تكون مولى عليها فعبارتها عند هذا القول غير مسلوبة
مطلقا ولا مطلقة كذلك بل بالقيد الذي ذكرناه قوله عقد النكاح يتوقف على الإجازة على الأظهر فلو زوج الصبية غير
أبيها وجدها قريبا كان أو بعيدا لم يمض إلا مع إجازتها بعد العقد ولو كان أخا أو عما اختلف الأصحاب في عقد
النكاح إذا وقع فضوليا هل يكون صحيحا بمعنى توقفه على الإجازة أم باطلا من أصله فلا تصححه الإجازة فذهب الأكثر ومنهم الشيخ
في أحد قوليه إلى الأول والشيخ في الخلاف إلى الثاني والأصح ما اختاره المصنف موافقا للأكثر لنا أنه عقد صدر من أهله في
محله فكان صحيحا إذ نعني بأهله الكامل وبمحله القابل للعقد ولا مانع من نفوذه إلا تعلقه بحق الغير فإذا أجازه تم ويدخل في
عموم قوله أوفوا بالعقود وما قيل من أنه مصادرة على المطلوب من حيث إن كون الأجنبي أهلا هو المتنازع فيه مدفوع بأن الأجنبي
قابل لإيقاع عقد النكاح ليس مسلوب العبارة بحيث لا يتأتى منه الإيقاع إنما المانع ما ذكر وقد دل ... على تقدير الكلام قبل ذلك والمراد
بالصحة ما يقابل البطلان وهو أعم من اللزوم ويبقى اللزوم متوقفا على شرط آخر وهو الإجازة ولصحيحة أبي عبيدة الحذاء
قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين فقال النكاح جائز وأيهما أدرك كان له
الخيار الحديث لا يقال إن الرواية وكذا الظاهر تقتضي أن العقد ... موقوفا وأنتم لا تقولون به فلا يصح الاستدلال بها في
موضع النزاع لسقوط اعتبارها بذلك لأنا نقول لا يلزم من ثبوت الولاية لأحد على الأطفال أن يجوز له تزويجهم لأن ولاية التزويج
أخص من مطلق الولاية وعدم الأخص أعم من عدم الأعم ووجه تخصيص بعض ... في الحاكم والوصي فإنهما وليان على الأطفال وليس لهما
تزويجهم كما مر ... على ذلك بقرينة جعل الخيار لهما إذا أدركا ... حمل الولي هنا على غير الأب والجد كالأخ والعم
فإن كلا منهم يطلق عليه اسم الولي لغة ولهذا نجد في بعض عبارات الشيخ في ... البكر أن كان لها ولي الإجبار مثل الأب و
الجد لا يفتقر نكاحها إلى إذنها وإن لم يكن له الإجبار كالأخ وابن الأخ والعم فلا بد من إذنها والغرض من ذلك أنه سمى ذكر من
الأخ وغيرهما وإن لم يكن له ولاية النكاح ... والشواهد من الأخبار كثيرة وإن لم يكن مثلها في قوة السند
ما روي عن ابن عباس أن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وآله فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي وما روي عنه في خبر آخر أن رجلا
زوج ابنته ... فجاءت إلى النبي فقالت زوجني أبي ونعم الأب هو من ابن أخيه ... فجعل النبي أمرها إليها فقالت قد أجزت ما صنع أبي
الأمر إليها ... ما صنع أبي وإنما أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شيء وقد تقدم وكرواية محمد بن مسلم أنه سأل الباقر
عن رجل زوجته أمه وهو غائب قال النكاح جائز إن شاء الزوج قبل وإن شاء ترك وحمل القبول على تجديد العقد خلاف
مدلوله فإن النكاح يراد به هنا المعهود الخارجي الذي وقعت أمه بقرينة ... فالعقد الفعل الدال على القصد رضا وروايته
زرارة في الحسن عن الباقر عليه السلام قال سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده فقال ذلك إلى سيده إن شاء أجازه وإن
شاء فرق بينهما فقلت أصلحك الله إن الحكم بن عيينة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون إن أصل النكاح فاسد فلا يحل إجازة السيد له
فقال أبو جعفر عليه السلام إنه لم يعص الله إنما عصى سيده فإذا أجازه فهو له جائز وغير ذلك من الأخبار الكثيرة بمعناه واحتج
الشيخ على البطلان بما روي عن عائشة أن النبي قال أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل وبرواية أبي موسى الأشعري

أن النبي قال لا نكاح إلا بولي ورواية عمر أن النبي قال أيما عبد نكح بغير إذن مواليه فنكاحه باطل ورواية الفضل البقباق
قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يتزوج الأمة بغير إذن أهلها قال هو زنا إن الله تعالى يقول فانكحوهن بإذن أهلهن
وبأن العقود الشرعية تحتاج إلى الأدلة وهي منتفية في محل النزاع ووافقه على البطلان الشيخ فخر الدين محتجا إليه بأن
العقود سبب للإباحة فلا يصح صدوره من غير معقود عليه أو وليه إلا برضا المعقود عليه أو وليه شرط
والشرط متقدم والأولى منهما مصادرة والثانية لا تفيد لأن الرضا شرط اللزوم وهو متأخر عنه لا للعقد الذي هو
المتنازع والجواب عن حجة الشيخ أن روايته كلها عامية وقد أثبتنا غيرها مما ... فيكون ردها ... مرجوحة ونظرا
إلى التوفيق بينها لكان التأويل متسلطا على روايته بحمل الباطل على غير الموقوف بنفسه مثل الجائز من البيع للإجازة والنفي
في الثانية لما توجه إلى نفس الماهية الممتنع نفيها حمل على المجاز وهو متعدد باعتبار الجمع محمل على نفي اللزوم ونفي الكمال
أو لمباعدة سياق الحمل والرواية الأخيرة المختصة بالزنا ظاهرة في أن تزوج الأمة ووطأها قبل العقد من غير إجازة المولى
شبهة في كونه زنا ولو دعي بعدم الوطء لزم حمله عليها لو صح ... جمعا بينها وبين ما سلف وأما قوله إن العقود الشرعية
تحتاج إلى الأدلة فسلم لكن قد بيناها وما قررناه يستفاد منه ثبوت جميع العقود على الإجازة ... الإتفاق وهو
وفاق قوله ولو كان أخا أو عما ... بين المسألتين على خلاف العامة القائلين بثبوت الولاية لهما بالتعصيب وجعلوه من أسباب
الولاية بالنكاح وانفق الأصحاب على نفيه للأصل وقول الصادق في رجل يريد أن يزوج أخته قال يؤامرها فإن سكتت فهو
إقرارها وإن أبت لم يزوجها وفي الصحيح عن محمد بن الحسن الأشعري قال كتب بعض بني عمي إلى أبي جعفر عليه السلام ما تقول في صبية
زوجها عمها فلما كبرت أبت التزويج فكتب بخطه لا تكره على ذلك والأمر أمرها قوله ويقنع من البكر بسكوتها عند عرضه عليها
ويكلف الثيب النطق في تجويز عقد غير عرضه ... من النكاح على العقد الواقع عليها حيث لا يكون عليها ولاية والمراد أنه ... العبارة
العبارة سابقا ولاحقا والحكم فيهما واحد وهو الاكتفاء في البكر بسكوتها واشتراط نطق الثيب وهذا الحكم وهو الاكتفاء
بسكوت البكر هو المشهور بين الأصحاب وغيرهم ولا يعلم فيه مخالفا إلا ابن إدريس ... فإنه قال إن السكوت لا يدل في ... من
المواضع على الرضا لنا قول النبي لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن فإن سكوتها إذنها وروى الحلبي في
الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يريد أن يزوج أخته قال يؤامرها فإن سكتت فهو إقرارها وإن أبت فلا يزوجها وروى
أحمد بن أبي نصر البزنطي في الصحيح قال قال أبو الحسن عليه السلام في المرأة البكر إذنها صماتها والثيب أمرها إليها وروى داود بن سرحان
عن الصادق عليه السلام في رجل يريد أن يزوج أخته قال يؤامرها فإن سكتت فهو إقرارها إذا تقرر ذلك فالمراد بالبكر من لم تذهب
بكارتها كما هو المعروف فيها وبالثيب من ذهبت بكارتها بجماع وغيره والحكمة في ذلك أن البكر تستحيي من الجواب باللفظة ... فأكتفي
منها بالسكوت الحق بها من ذهبت بكارتها بغير الجماع من طفرة أو وثبة أو سقطة أو بالإصبع أو حدة الطمث أو طول
التعنيس والدودة المسماة بالحرقوص لوجود معنى البكر فيها ... الرجال فيبقى الحياء بحاله وفيه نظر من حيث إطلاق
النصوص الشامل لما ذكر والاقتصار على الحكمة غير لازم ومن الجائز كونها حكمة في الحكم الكلي وإن تخلفت في بعض جزئياته ومثله
كثير من القواعد الشرعية المترتبة على أمور حكمية ينضبط بنفسها وإن تخلفت الحكمة في بعض مواردها الجزئية كما
جعلوا السفر موجبا للقصر نظرا إلى المشقة الإتمام فيه غالبا مع تخلفها في كثير من المسافرين المترفهين ووجودها في
كثير من الحاضرين وكثبوت العيب المجوز للرد على نقصان القيمة وزيادتها نظرا إلى كون ذلك مما يوجب نقصان القيمة غالبا وقد

تلحق في مثل العبد إذا وجد خصيا فإنه يرد على القاعدة وإن زادت قيمته أضعافا فاستقصناه وخثا والشهيد في بعض فوائده أن
ذلك يتوجه في الحاق الثيبوبة وهو المطابق لإطلاق النص وتحقق الثيبوبة بزوال البكارة بالجماع سواء كان بالعقد أم بالملك
أم بالشبهة أم بالزنا وسواء كانت كبيرة أم صغيرة لصدق الثيبوبة في الجميع وزوال الحياء بممارسة الرجال ولو كان الوطء قبل
تميزها في الحالتين أما البكر وجهين من حيث إنه في معنى زوال البكارة بغير الوطء والرجوع عن النص في الحكم المخالف للأصل لمجرد المناسبة
التي لا تعتبر عندنا في الأحكام الشرعية وفي الموطوءة في الدبر وجهان من صدق البكارة وزوال الحياء واختار في الذكرى اعتبار
النطق فيها ويتبنى تقييد الاكتفاء بالسكوت بعدم اشتماله على أمارة الكراهة والإثم يكف ومتى اشتبه الحال لم يكن السكوت علامة
بالنطق ولو ضحكت أو تبسمت عند عرضه عليها فأولى بالاكتفاء لأنه أقوى دلالة من السكوت وألحق ابن البراج بالسكوت ... والبكاء
الرجوع فيه إلى قرائن الأحوال قوله ولو كانت مملوكة وقف على إجازة المالك وكذا لو كانت صغيرة فأجاز الأب أو الجد صح وقد تقدم
ما يدل على الاكتفاء بإجازة المولى في ... من النصوص وأما الأب والجد فإجازتهما كمباشرتهما العقد حيث يكتفى بالإجازة
والحكم فيهما واضح قوله إذا كان الولي كافرا فلا ولاية له ولو كان الأب كذلك ثبتت الولاية للجد خاصة وكذا لو جن الأب أو أغمي عليه
ولو زال المانع عادت الولاية في النكاح المذكورة إشارة إلى الشرائط المعتبرة فيها فمنها الإسلام فلا يثبت الولاية للكافر لمسلم
أو مسلمة أو غيرهما لقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ويشمل إطلاق الفقهاء ولو كان المولى عليه مسلما أو كافرا
والأمر في الأول واضح والحكم به إجماعي ويدل عليه مضافا إلى ما سبق قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا
وقوله الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ولا مع كفر المولى عليه فيظهر فائدة البحث عن ذلك فيما لو زوجها المسلم على وجه يصح كما سيأتي
إن شاء الله تعالى فلا يصح عقد الكافر عليها بل ينتقل الحكم من الأولياء فإن لم يتفق في القريب زوجها الحاكم إن كان له عليها
ولاية وكذلك إن كانت بكرا بالغا وقلنا بثبوت الولاية عليها كان ذلك كعضل الولي فيتولاه بنفسه ووجه المنع من ولاية الكافر
على الكافر غير ظاهر وعموم الأدلة يتناوله وقوله تعالى فانكحوهن بإذن أهلهن يشمله بل قال الشيخ في المبسوط إن ولي الكافرة لا
يكون إلا كافرا فلو كان لها وليان أحدهما مسلم والآخر كافر كان الذي يتولى تزويجها الكافر دون المسلم لقوله تعالى والذين
كفروا بعضهم أولياء بعض واليهود أن الكافر يتولى نكاح الكافرة مطلقا إذا لم يكن لها ولي مسلم وإلا فالمسلم أولى وقد ظهر وجه
التفصيل مما قررناه ومنها العقل فلا تثبت الولاية للمجنون ولا للمغمى عليه وغيرهما لعجزهما عن اختيار الأزواج والنظر في أحوالهم و
إدراك التفاوت بينهم المطلوب من الولي وفي معناهما السكر المؤدي إلى زوال العقل ولو لم يؤد إليه فلا مانع منه إذ الفسق غير
مانع من الولاية عندنا وقد ادعى عليه في التذكرة الإجماع وإن وقع الاختلاف في منعه من ولاية المال والفرق أن الفاسق
يدفع عن نفسه العار في النكاح بالمصاهرة كما يدفع العدل عنها وأنه في الشفقة ولأن سبب الولاية القرابة وهي متحققة فيه
بخلاف المال فإن المقصود حفظه وضبطه للمولى عليه والفاسق بعيد من الأمانة ومع ذلك نقل في التذكرة أن السكران مع بقاء تمييزه
ليس له التزويج في الحالة وهو بعيد وليس لأحد أن يعلل المنع من اختلال النظر ... لأنا نتكلم على تقدير عدمه إذا تقرر ذلك
فحيث يحصل الشرط في الولي ينتقل الحكم إلى غيره من الأولياء وهو عندنا في الأب ظاهر لأنه مع الولاية مع كمال الآخر فيتعين
أولى فإذا كان الأب كافرا فالولاية للجد خاصة وكذا لو جن أو أغمي عليه ولا فرق بين طول زمان الجنون والإغماء وقصره
لقصور حاله وفي وجود الولاية في الآخر وإنما فرق بين الطول والقصر من يجعل ولاية الجد مشروطة بفقد الأب فإن قصر
فيجعل المانع القصير غير مبطل للولاية ولا ناقل لها إلى الأبعد كالنوم ومتى زال المانع عادت الولاية وهو في الأخوة ...

واعلم انه يتصور اسلام الولد مع كفر الاب مع بلوغ الولد ومباشرته الاسلام اذا حصل البلوغ ... وتصور في الصغيرة ...
اثر فانه يتبعها ... وباسلام جدها على قول ... رحمه الله تعالى ويتصور كفر الولد مع اسلام ابيه مع بلوغه ...
ثم تجدد له الجنون اذا ابتنينا ولاية الاب عليه ... ولو قلنا ان ولي الحاكم كما هو الاقوى لم يصح الفرض قوله ولو اختار الاب ...
والجد ... سبق عقده وبطل المتأخر فان تشاحا قدم اختيار الجد ولو اوقعاه في حالة واحدة ثبت عقد الجد دون الاب
قد عرفت ما سبق ان الاب والجد يشتركان في الولاية عندنا ولكن ولاية الجد عند الاجتماع اقوى من ولاية الاب والقوة تظهر من
جهتين احدهما انه اذا اختار الاب ... واختار الجد غيره ... الجد اولى فلا ينبغي للاب ان يعارضه في ذلك ويقتصر على
ما بين الجد والثاني انه لو بادر كل منهما وعقد على شخص غير الاخر ... عقد السابق منهما سواء كان
هو الاب ام الجد حتى لو كان السابق الاب ... بان الجد ... بالعقد فقد ترك الاولى وصح عقده وان
اتفق العقدان في وقت واحد بان اقترن ... قدم عقد الجد وفي هذه الصورة يظهر اولوية الجد ويدل على الحكم الاول
صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال اذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه ولابنه ان يزوجها فان هويت
ابوها رجلا وجدها رجلا فالجد اولى ... وصحيحة هشام بن سالم ومحمد بن حكيم عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا زوج الاب
والجد كان التزويج للاول فان كانا جميعا في حال واحد فالجد اولى والاخبار في ذلك كثيرة ... وخالف
العامة في ذلك فجعلوا الاب اولى من الجد ...

[illegible]

اطرادها في جميع افراد المحكوم عليه كما سبق تقريره من قريب نظرا الى الغالب والمناسبة الحاكمة بترتب الحكم على وجه كلي وان تخلفت
في بعض افراده سقط التعليل هذا الشرع وعلى هذا لا يستحق شيئا من اعيان التركة بدون اليمين وان كان ما يعترف به ورثته من
في عين من الاعيان من المال لضعف ما يدعيه كما لعبد في توقف ملكه لنصيبه من عين التركة على اليمين لان ذلك امر اخر
وحق خارج لا ملازمة بينه وبين ما يقربه وهذا هو الاقوى الرابع النص ورد في تزويج الاجنبي للصغيرين فلو كانا كاملين
او جعلهما الفضولي ففي انسحاب الحكم اليهما وجهان من تساويهما في كون العقد فيهما عقد فضولي ولا مدخل للكبر والصغر في ذلك
ومن ان في بعض احكامه ما هو على خلاف الاصل فيقتصر على مورده وهذا اقوى وح فيحكم ببطلان العقد اذا مات هذا المعقود
عليه بعد اجازته وقبل اجازة الاخر سواء قلنا ان الاجازة جزء السبب او كاشفة عن سبق النكاح من حين العقد
اما على الاول فظ لان موت احد المتعاقدين قبل تمام السبب مبطل كما لو مات احدهما قبل تمام القبول واما على الثاني فلان
الاجازة وحدها لا يكفي في ثبوت هذا العقد بل لا بد معها من اليمين وقد حصل الموت قبل تمام السبب خرج منه ما ورد
به النص وهو العقد على الصغيرين فيبقى الباقي الخامس لو تغير مورد النص بكون العاقد على الصغيرين احدهما الولي والاخر
فضوليا فمات من عقد له الولي اولا قبل بلوغ الاخر فهل يتعدى اليه الحكم فينتظر بلوغ الاخر واجازته ويمينه [illegible]
نعم لان هذا لا يزيد عن مورد النص الا بلزوم احد الطرفين وكون المرجح الولي وهذا لا دخل له في الفرق بل الحكم فيه اولى
لان الجائز من الطرفين اضعف حكما من اللازم من احدهما فاذا ثبت الحكم في الاضعف ثبت في الاقوى بطريق اولى وبهذا يخرج
عن القياس الممنوع على المنصوص بخلاف الصورة السابقة ويمكن اثبات الاولوية في الصورة السابقة بوجه اخر وهو ان
عقد الفضولي اذا كان له مجيز في الحال فلا اشكال في صحته عند القائل بصحته ومتى لم يكن له مجيز في الحال ففيه اشكال فعقد
الكبيرين فضوليا من القسم الاول دون عقد الصغيرين فاذا ثبت الحكم في الاضعف ثبت في الاقوى بطريق اولى وهذا متجه لم
ينبه عليه احد السادس لو كانا بالغين لكن زوج احدهما الفضولي والاخر زوج نفسه او كان احدهما بالغا والاخر صغيرا
فاوقع له الولي ففي انسحاب الحكم الوجهان السابقان من تعدي صورة النص ومن الاولوية بلزوم احد الطرفين فيكون اقوى
كالسابقة وان كان ابعد من جهة الخروج عن المنصوص في كونهما صغيرين الا ان التخيير بالاولوية المذكورة ويظهر منه الجزم
بالحكم في هذا ايضا وهو متجه **قوله** اذا اذن المولى للعبد في ايقاع العقد صح واقتضى الاطلاق الاقتصار على مهر المثل فان زاد
كان الزائد في ذمته يتبع به اذا تحرر ويكون مهر المثل على مولاه وقيل في كسبه والاول اظهر وكذا القول في نفقتها اذا اذن
المولى لعبده في التزويج فاما ان يعين له الزوجة او لا وعلى التقديرين اما ان يعين له قدر المهر او لا فالاقسام اربعة الاول
ان يعين المرأة والمهر فيتعينان ولا يجوز له التخطي الى غيرهما فان تخطى كان العقد موقوفا على اجازة المولى بناء على صحة عقد الفضولي
وعلى الاخر يبطل ولا فرق بين التجاوز الى اشرف منها او اخس ومساو لاشتراك الجميع في وقوعه بغير الاذن الثاني ان يطلق له
فيهما فله ان يتزوج من شاء بمهر المثل او دونه حرة وامة من بلده وخارجه شريفة ووضيعة لتناول الاطلاق لذلك كله الا
انه ليس له الخروج من بلد المولى اليها الا باذن سيده ومما يظهر فائدته مع نقلها اليه او مع الاذن وربما استشكل الاكتفاء
بالاطلاق الاذن من جهة تضمنه تسلطه على من يريد مع تفاوت المهر بالقلة والكثرة تفاوتا فاحشا والحاجة الى اجازة العبد
علم السيد بالاذن المطلق وان كثر ويندفع الاشكال بان السيد قدم على ذلك باطلاق الاذن المتناول لذلك كله فالضرر
مستند اليه ان كان وتحمل الاطلاق على مهر المثل لانه بمنزلة ثمن المثل من المبيع فيحمل عليه كما لو اذن له في الشراء او البيع واطلق

فانه يحمل

فانه يحمل على ثمن المثل فان تجاوزه هنا صح العقد لانه ماذون فيه ويلزم المولى مهر المثل والزائد في ذمة العبد يتبع به بعد العتق
والفرق بينه وبين الاذن المطلق في شراء المتاع حيث يوقف العقد مع تجاوز ثمن المثل على اجازة المولى ولم يتوقف هنا لان
النكاح لا يتوقف على المهر ولا تلازم بينهما فالاذن في النكاح متحقق على كل حال فلا وجه لابطاله بخلاف البيع فان الثمن شرط
في صحته ويشكل هنا في جانب المرأة هذا اذا لم تكن عالمة بالحال فانها انما قدمت على مهر يثبت في ذمة المولى معجلا ولم يحصل
ويندفع الاشكال بمنع كون نكاح العبد مطلقا يوجب كون المهر معجلا في ذمة المولى او غيره بل قد يكون كذلك وقد لا يكون
كما في هذه الصورة والمرأة انما قدمت على نكاح العبد بمهر يرجع في امره الى الشارع والتقصير منها حيث لم تعرف الحكم لانه
لما كان من المعلوم ان العبد لا يملك شيئا فتعلقها بثبوت المهر في ذمة المولى او ذمته معجلا قدوم على ما يعلم من القرائن
جا من قبلها الثالث ان يعين المرأة المولى ويطلق المهر فلا يجوز له التخطي الى غير المعينة فيكون فضوليا وينصرف
الاطلاق الى مهر المثل واقل فان زاد تبع بالزيادة كما مر الرابع ان يعين المهر ويطلق المرأة فيتخير في تزويج من شاء بالمهر
المعين فان تخطاه تعلق الزائد بذمته كما لو زاد عن مهر المثل وان كانت الزيادة هنا لا يتجاوز مع المعين مهر المثل هذا اذا
كان المعين بقدر مهر مثل المرأة التي اختارها العبد او اقل اما لو كان اكثر من مهر مثلها ففي لزوم العقد والمسمى نظرا الى كونه
ماذونا او تعلق الزائد عن مهر المثل بذمته يتبع به كما لو زاد في المطلق من حيث انصراف الاذن الى مهر المثل حكما والذي يقوى
المهر مع الاطلاق الوجه لا بناية وجهان واختار في الدروس الاول ولا يخلو من اشكال اذا تقرر ذلك فقد اختلف الاصحاب
في محل المهر المتعلق بالمولى من المعين ومهر المثل مع الاطلاق وفي نفقة الزوجة هل هو على المولى او كسب العبد فالمشهور
بينهم والاصح هو الاول لان الاذن في النكاح يستلزم الاذن في توابعه ولوازمه كما لو اذن له في الاحرام بحج فانه يكون
اذنا في توابعه من الافعال وان لم يذكره مع عدم تعلق المهر او لحيث كان المهر والنفقة لازمين للنكاح والعبد لا
يملك شيئا وكسبه من جملة اموال المولى كان الاذن فيه موجبا لالتزام ذلك من غير ان يتقيد بنوع خاص من ماله كما في [illegible]
فيتخير بين بذله من ماله ومن كسب العبد ان ونحوهما ولان وجه عليه الامكان ووجه الثاني ان ذلك يجب في مقابلة عوض
يستوفيه العبد في الحال والاستعمال بل يتعلق بذمته ولا هو مستوفى في بدله والقولان للشيخ وعلى القول الثاني يجب على المولى تمكين
العبد من الكسب نهارا وتخليته للاستمتاع ليلا الا ان يختار الانفاق عليه وعلى زوجته من ماله فلا يستخدمه بشرط ان لا يزيد
اجرة الخدمة عن النفقة المبذولة والا كان الزائد معه [illegible] في المهر يجب على المولى بذل الزائد او تخليته للتصرف والكسب بما
حيث يفضل وانما يتعلق المهر بكسبه الحاصل بعد العقد والنفقة بكسبه الحاصل بعد وجوب الانفاق فانه قد يتاخر عن العقد
لاشتراطها بالتمكين بعده فان كان سابقا من كسب قبل ذلك فانه من جملة اموال السيد فلو فرض كون المهر مؤجلا لم يتعلق به الكسب الا
حين حلوله فان فضل من السابق من النفقة شيء فهو للمولى لان الاكتساب تابع لوجوب الحق **قوله** من تحرر بعضه ليس
لمولاه اجباره على النكاح من تحرر بعضه صار شريكا للمولى في الحق المتعلق برقبته فليس لاحدهما التصرف الا باذن الاخر
ومتعلق النكاح فليس للمولى اجباره عليه مراعاة لجانب الحرية لان الحر لا يجبر عليه والنكاح لا يتبعض بتبعضه ولا للعبد الاستقلال
به مراعاة لجانب الرقية بل يعتبر في صحته رضاهما ويكون المهر والنفقة بالنسبة ولو زاد المبعض عن مهر المثل او المعين
تعلق الزائد هنا بجزئه الحر **قوله** اذا اعتقت المرأة المولى عليه كان نكاحها بيده وليه واذا زوجها لزم وليس للمولى عليه
مع زوال الولاية فسخه نكاح امة المولى عليه من جملة التصرفات في امواله فيكون امرها الى من له الولاية عليه وحكمه في [illegible]

جواز اعتراض المولى عليه بعد الكمال كغيره من التصرفات ولا فرق في ذلك بين كون المال للمولى عليه ذكرا او انثى نظرا الى العموم
ويتفرع على ذلك خلاف لبعض العامة حيث منع من تزويج امة المولى عليه مطلقا لانه ينقص قيمتها وقد تحبل وتهلك ومنهم من شرط
في جواز تزويجها كون المولى عليه ممن يجوز له مباشرة التزويج والكل عندنا ساقط والفرق بين المتصرف فيه منحصر في اشتراط التصرف
بالمصلحة يرفع احتمال النقص **قوله** ويستحب للمرأة ان تستاذن اباها في العقد بكرا كانت او ثيبا حيث قلنا بعدم ثبوت الولاية
على المرأة الكاملة يستحب لها ان لا تستقل بالتزويج بل تستاذن فيه اباها لما تقدم من الاخبار الكثيرة الدالة على ان المتولي
لتزويجها هو الاب واقل مراتبها الحمل على الاستحباب ولان الاب في الاغلب اخبر بالانساب من الرجال واعرف بحالهم منها ولا
فرق في ذلك بين البكر والثيب وان كان الاستحباب في جانب البكر اكد لان الخلاف فيها اقوى والاخبار في عدم استقلالها
لها به اكثر والعلة في جانبها بعدم الاطلاع على احوال الرجال اقوى **قوله** وان توكل اخاها اذا لم يكن لها اب ولا جد وتعول على
الاكبر اذا كانوا اكثر من اخ ولو تخيرت كل واحد من الاكبر والاصغر جاز والاكبر كما يستحب للمرأة تفويض امرها الى
الاب والجد كذلك يستحب تفويضه الى الاخ مع عدمهما لانه اخبر بذلك منها غالبا وعليه فقد اعتبر ان يصرف في اخيار [illegible]
وقد تقدم في رواية ابي بصير ان الاخ ممن بيده عقدة النكاح وحمله على الاستحباب حسن وربما قال اولى من حمله على كونه وصيا
كما مر ومع تعدد الاخوة يستحب لها التعويل على رأي الاكبر والتزويج لمن يختاره من الازواج لاختصاصه بمزيد الفضيلة في قوة
النظر والاجتهاد في الاصلح ولما سيأتي من الخبر الدال على ترجيح عقد الاكبر هذا اذا كان الزوجان متساويين في الكمال والاستقامة
فيهما فلو كان مختار الاصغر اكمل اشكل ترجيح خيرة الاكبر لان الكمال المتعلق بالزوج اولى بحال المرأة من مجرد ترجيح جانب الاكبر
خصوصا مع ضعف مستند الاستحباب فان كلية رأي الاكبر مطعون فيه والخبر ياتي الكلام فيه والاولى الانحصار في الاستحباب
على حالة تساوي الرأيين او رجحان رأي الاكبر **قوله** اذا زوجها الاخوان برجلين فان وكلتهما فالعقد للاول وان دخلت
بمن تزوجها الاخير الحق الولد به والزم مهرها واعيدت الى السابق فان اتفقا في حالة قيل يقدم الاكبر وهو
يحكم وان لم تكن اذنت لهما اجازت عقد ايهما شاءت والاولى لها اجازة عقد الاكبر وبايهما دخلت قبل الاجازة كان العقد
له قد عرفت مما سبق ان الاخ حكمه حكم الاجنبي بالنظر الى تزويج الاخت وانه يستحب لها توكيله وترجيح عقد الاكبر من
الاخوين عند التعارض وح فاذا زوجها الاخوان برجلين فان كانت وكلتهما معا او كانا فضوليين تخيرت في اجازة عقد من
شاءت منهما ويستحب لها ترجيح عقد الاكبر وان كانت وكلت احدهما خاصة صح عقده وبطل عقد الاخر وان وكلتهما معا صح عقد السابق
منهما وبطل اللاحق وان اقترنا [illegible] بطل لاستحالة الترجيح من غير مرجح ولا فرق في جميع ذلك بين الاخوين وغيرهما وانما
خصهما بالذكر لوقوع الخلاف في تقديم عقد الاكبر عند التعارض دون الوكيلين والقائل بتقديم عقد الاكبر في هذه الحالة الشيخ
في بعض كتبه وتبعه جماعة معولا على رواية وليد بياع الاسقاط قال سئل ابو عبد الله عليه السلام وانا عنده عن جارية كان لها اخوان زوجها
الاكبر بالكوفة وزوجها الاصغر بارض اخرى قال الاول بها اولى الا ان يكون الاخر قد دخل بها فان دخل بها فهي امرأته ونكاحه جائز
اعلم ان البحث في هذه المسألة يقع في موضعين احدهما تحرير محل النزاع فان المحتمل مورده الحكم الا ما لو اتفق العقدان في حالة
واحدة وان الشيخ في هذه الحالة قال بتقديم عقد الاكبر وعبارة الشيخ في المبسوط والنهاية تدل على تقديم الاكبر مطلقا وكذلك الرواية
التي هي مستند الحكم بل الرواية ظاهرة في عدم الاقتران لان عقد كل منهما واقع في بلاد فيبعد العلم باقترانهما ولكن كان
فالعبارة اتم منه وهذه لفظ الشيخ في النهاية وان كان لها اخوان فجعلت الامر اليهما ثم عقد كل واحد منهما على رجل كان الذي عقد عليها

اخوها الاكبر

اخوها الاكبر اولى بها والحق بالاخر فان دخل بها الذي عقد عليها اخوها الصغير فانها ترد الى الاول وكان لها الصداق بما استحل
من فرجها وعليها العدة وهذه عبارته التي تعلق الغرض منها وظاهرها الشامل لحالة الاقتران والانفراد ووضع الدليل المتقدم
بمعنى ما ذكره وحاصل فتواه في النهاية تقديم الاكبر مطلقا الا مع دخول من زوجه الاصغر بها فلم يكن للاكبر يستحقها بالعقد هذا
القيد الاخير زائد على الرواية وذكر في الاخبار مع الرواية فهو اذا جعلت المرأة امرها الى اخويها واتفق العقدان في حالة واحدة
فيكون عقد الاكبر اولى ما لم يدخل الذي عقد عليه الاصغر وهذا قول اخر للشيخ غير [illegible] الا انه هنا جعل تقديم الاكبر مع الاقتران
مقدرا في الحقيقة هو ابعد من القولين من حيث ان الحكم بتقديم عقد الاكبر يوجب الغاء عقد الاخر فكيف يصح الدخول بعد الحكم
بالغائه ومن ظن اعتباره بعد الاعتبار والحكم له حال الغائه ولو تبقيت الرواية قبل الدخول نظرا الى ظاهر الرواية تعجبا لكان
لكن ذلك لا دخل له في صحة العقد وفساده كما ان الدخول مع التوكيل كذلك نعم لو كانا فضوليين توجه الفرق بين الدخول وعدمه
بجعل الدخول اجازة لعقد الفضولي وجه قوي من ترجيح جانب الاخ الاكبر ومع عدم الدخول يرجح الاكبر لما استحبابا [illegible]
على الاول لظاهر الرواية وبالجملة فتنزيل الشيخ الرواية على الفضوليين ليس مستقيما لان اطلاق [illegible] عنده ان اعتماده على الرواية
فهي منافية لما اطلقه عنه وكذا لعبارته في الموضعين وبنيناها على تقدير كونهما وكيلين وتقديم احدهما لا وجه لاعتبار الثاني
اصلا لوقوعه على المرأة فهي من وجه فيلغو ومع الاقتران قد ينبغي تقديم الاكبر ويجعل هو المرجح حيث تساويا في الوقت
الا ان اشتراطه بعدم دخول الاخر ينافيه فان المرجح حاصل من حين العقد والوكالة محققة فيهما فاما ان يبطلا كما هو المشهور
او يرجح جانب الاكبر لمرجح حين العقد فلا يؤثر فيه وطء الاخر بعده ومع هذا كله فالرواية تحتمل [illegible] الظاهر الغير مانع لا يخلو
من كونهما وكيلين وكون المراد من المقدم عقده هو الاكبر وذلك بان يحمل قوله الاول احق بها على المتقدم بالعقد سواء كان هو
الاكبر ام الاصغر وهو على تقديره كما ذكرنا اوفق بالاصول الشرعية من حمل الاول على الاكبر ويبقى استثناء [illegible] مشكلا على التقدير
الا ان الامر على هذا اخف لان الرواية على تنزيل الشيخ مشكلة من الوجهين وهنا من وجه واحد ولو حملناها على كونهما فضوليين
كما يقتضيه الاطلاق والحال [illegible] كونهما وكيلين ام لا والاصل وفي الحال يقتضي عدم التوكيل صح الحكم في تقديم من حصل له
دخول لان ذلك يكون اجازة لعقده ويبقى الاشكال في تقديم الاكبر او السابق مع عدم الدخول [illegible]
بمعنى انه يستحب لها ان تقدم عقد الاكبر او السابق [illegible] من دخل لتحقق الاجازة فيرجح معنى التخيير وهذا اولى
ما بنى عليه الرواية [illegible] باصول المذهب مع [illegible] الشيخ في القولين ومع هذا كله فالرواية ضعيفة السند لان وليد
المذكور فيها مجهول الحال وفي الرجال الوليد بن صبيح ثقة وكونه اياه غير معلوم [illegible] قوله ثالثها موافق للمشهور وسبب
ما ذكره في مبحث الرواية [illegible] هنا ما يتعلق بتحرير محل النزاع والموضع الثاني في تحقيق الحكم في المسألة فنقول اذا زوجها
اثنان رجلين فلا يخلو اما ان يكونا وكيلين او فضوليين او احدهما وكيلا والاخر فضوليا وعلى التقادير الثلاثة اما ان يتفق
العقدان في وقت واحد او يتعاقبا في وقتين وعلى التقادير الستة اما ان يقع هناك دخول لاحدهما ام لا وعلى تقدير
الدخول اما ان يكون من حكم له بالعقد ام الاخر وعلى تقدير كونه الاخر اما ان يكون الزوجان عالمين بالحال او جاهلين او
بالتفريق وعلى التقادير اما ان يتم العلم بحال العقدين من الاتفاق والتعاقب او يجهل وعلى تقدير الجهل اما ان يجهل السابق
فيهما مع العلم به او يشتبه الواقع هل هو السبق او الاقتران فهذه جملة اقسام المسألة وان اضفنا اليها كون العاقدين اما
يكونا اجنبيين او اخوين لينبه على ذلك [illegible] تقديم عقد الاكبر حيث يكونان فضوليين او مطلقا على القول الاخر

تضاعفت الأقسام وجملة القول في حكمها انهما ان كانا وكيلين وسبق احدهما فالحكم للسابق وبطل اللاحق سواء دخل بها
الثاني ام لم يدخل بها وسواء كانا معا على الأصح ام لا [illegible] لان العقد الأول [illegible] باجتماع الشرائط والثاني
وقع وهي في عصمة الأول فكان باطلا [illegible] لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا انكح الوليان فالأول احق ثم ان لم يدخل بها الثاني
سلمت الى الأول وان دخل بها الثاني فان كانا عالمين [illegible] فلا شيء لها [illegible] الولد ان اتفق وفرق بينهما

[illegible]

271

[illegible]

272

[illegible]

لا يثبت البعر لغتره وجه التحريم انما عبر ستفية عنه قطعا ولهذا لو اعترف بها بعد اللعان ... ان ذلك غير كاف في التحريم فان البنت
المجهولة النسب التي يمكن تولدها عنه لو ادعى كونها بنته قبل مع انها لا تحرم عليه ... عليه بجواز القصاص بقتلها والحد
بقذفها والحد بسرقتها ...
باللعان فانتفت توابعه ...

[illegible]

قوله ان يكون اللبن عن نكاح ...

[illegible]

[illegible]

قوله ...

[illegible]

[illegible]

على اعتبار الخمس عشرة لان في طريقها عمار بن موسى وحاله في الفطحية معلوم ثم هي معارضة برواية عمر بن يزيد قال سمعت ابا عبد الله ع
يقول خمس عشرة رضعة لا تحرم وحملها الشيخ على ما لو كن متفرقات والحق ان مثل هذه الاخبار المتناقضة الواهية الاسناد لا
البهائم الجانبين ومتى اعتبر ... للتعليل ههنا في ذلك كما ... سند من رواية علي بن ... زياد الدالة على ان العشر لا تحرم ...
السند التعليل بان العشر لا ينبت اللحم ولا يشد العظم والخبر المعلل مرجح على غيره عند التعارض فيسقطها اعتبار كلها او
على الاكتفاء بالعشر فيتعين القول بالخمس عشرة وان لم نعتبر ادلته اولا قائل بما فوقها ولا بما بينه وبين العشر ويبقى ما دل على
الخمس عشرة شاهدا وان لم يكن اصلا ويبقى في الباب من الصحيح رواية ابن الجنيد الدالة على التحريم بقليله وكثيره ويجب تخصيصها
بما فوق العشر جمعا بينها وبين هذه القوية مرتبتها ثم ليس فوق العشر بالخبر الا القول بالخمس عشرة بالاجماع فيتعين وهذا
ما ينبغي تحقيقه في هذا المحل ويبقى في هذا الباب اخبار شاذة تدل على اعتبار الرضاع سنة وسنتين لا يعول عليها بالاجماع **قوله**
او رضع يوما وليلة هذا هو التقدير الثالث وهو اعتباره بالزمان من غير نظر الى العدد ولا الى النشور وهو اضبط من
الآخرين وقد تقدم في رواية زياد بن سوقة ما يدل لكن قد عرفت ويظهر من المصنف والاكثر ان هذه الثلاثة اصول برأسها
لا يتقيد احدها بالآخر بل ايها حصل كفى فاذا رضع يوما وليلة بحيث يكون راويا في جميع الوقت كفى وان لم يتم العدد ولم يحصل
ما اختلاف الاولاد كثيرا فمنهم من لا يبلغ في اليوم والليلة مقدار العدد المعتبر ومنهم من يحتاج الى يزيد ربما لا يكفي
باقي على العدد تقريبا وقد ظهر من الروايات ان انبات اللحم وشد العظم يحصل بكل ذلك لانضباط الاصول الثلاثة متقاربة وجعلها
جعلها الشارع مناطا من غير ان يتقيد احدها بالآخر وقال الشيخ في ط ان الاصل هو العدد والباقيان انما يعتبران عند عدم
انضباطه في كره ان اليوم والليلة انما لا ينضبط العدد ومع ذلك لا يلزم الاستغناء باحدهما عن الآخر بل قد يتحقق حصوله
بدون العدد كما في الكثير بدون العدد فيها وقد يقتصر معها الى العد كما اذا طعم بين الرضعات طعاما فان اعتبار اليوم والليلة سقط
دون العدد المستثنى ان الفصل بالطعام لا يقدح في العدد واما اعتبار اشتداد العظم وانبات اللحم وانفكاكه عنهما فلا يجعله
بدون كل منهما لكن ظهوره والحس صعب والاطلاع عليه مختص بالواحد من اهل الخبرة بعد الواحد فلذا كانت فائدته قليلة وان كان
دليله اقوى من غيره ومع الشك يتعارض الاصل والاحتياط وانما يعتبر في العدد وتمام الاحتياط الخروج من خلاف جميع العلماء ان
لا يشبع الولد من رضاع الاجنبية ان اريد السلامة من التحريم ولو مرة واحدة للخروج من خلاف ابن الجنيد وروايته ومع ذلك لا يسلم
من خلاف جميع مذاهب المسلمين فقد ذهب جمع من العلماء الى الاكتفاء بمسماه وقدره بعضهم بمقدار ما يفطر الصائم وادعى عليه
اجماع اهل العلم **قوله** ويعتبر في الرضعات المذكورة قيود ثلاثة ان تكون الرضعة كاملة وان تكون الرضعات متوالية وان يرتضع من
الثدي هذه القيود الثلاثة انما تعتبر في الرضعات بالنسبة الى العدد لما عرفت من التقديرين فمنها ما يعتبر فيهما وهو الارتضاع من
الثدي ومنها ما يعتبر في التقدير الزماني دون الثوي وهو توالي الرضعات فان المعتبر في رضاع اليوم والليلة كونه مجموع غذاء الولد
في ذلك الوقت من اللبن بحيث كلما احتاج اليه يجده وصل المعتبر مع ذلك حصول العدد بشرائطه كيف اتفق ام يعتبر معه مزاج
الولد وجهان ويظهر الفائدة لو كان مريضا ورضاه قليل الكمية وحصل العدد المعتبر فيه بحيث كان مرتويا في جميعه بحسب حاله
فعلى الاول يكفي في التحريم هذا الاطلاق المفصل الشامل له وعلى الثاني يعتبر في الكمية مقدار ما بينا ولعل الارجح هو الاول
والوجهان آتيان في المقدار الزماني وما وقفت فيه على شيء يعتمد **قوله** ويرجع في تقدير الرضعة الى العرف وقيل ان يروى الصبي
ويصدر من قبل نفسه وجه الاول وورود الرضعة مطلقة في كلام الشارع فيرجع فيها الى العرف كما هو المرجع في كل لفظ لم يعين له

الشارع حدا مضبوطا وصل حده بان يروى الصبي والمراد بالولد مطلقا ويصدر من قبل نفسه والقول للشيخ وجماعة في الحقيقة
قول واحد لان ما ذكره ثانيا هو ما يدل عليه العرف ولا يدل على غيره وانما الاختلاف في العبارة وقد جمع بينهما في كره فقال المرجع
٢٧٥ الكامل الى العرف ثم قال فاذا ارتضع الصبي وروى وقطع قطعا بينا باختياره ولا عرض له عارض كان ذلك رضعة
كمل العبارتين مصداقا واحدا وقد فصل المصنف هذا التفصيل وكذلك حتى في عد ... الى الشارع في تلويحه انهم جعلوا كلام
الشيخ في ط ليس فيه ما ينافي اتحادهما لانه قال والمرجع في ذلك الى العرف لان ما لا حد له في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه الى
العرف عند اصحابنا الرضعة ما يروى الصبي منه ويمسك وهذه العبارة هي مستند الجماعة في جعلها قولين وليست
بدالة على ذلك وربما ارتكب الحكاية بقبيل على التنبيه على اختلاف العبارة في ضبطها الا انه قول مستقل **قوله** ولو التقم الثدي
ثم لفظه وعاد فان كان اعرض اولا فهي رضعة وان كان لا بنية الاعراض كالتنفس او الالتفات الى ملاعب او الانتقال من
الثدي الى آخر كان الكل رضعة فلو منع قبل استكمال الرضعة لم يعتبر في العدد هذا متفرع على الحد الثاني للرضعة فان الولد
اذا قطع باختياره واعرض اعراض مثل تحققت الكاملة على التقديرين وان قطع بنية الاعراض بل التنفس والالتفات او للانتقال
الى الآخر ثم عاد في الحال الى الالتقام وتكمل ... كان الكل
رضعة واحدة واما منع قبل استكمال الرضعة لم يعتبر في العدد لعدم الكمالية بعينها اولا باضافة ويجريهما اذا قطعت عليه رضعة
ان يعتد دار الرضعات ...
بينا ثم عاد ... بعد هذا التفصيل وما ذكره من المثال في الالتفات فالمرجع
وحدة الاطلاق ... **قوله** ولا بد من توالي الرضعات بمعنى ان المرأة الواحدة تنفرد باكمالها
فلو رضع من واحدة بعض العدد ثم رضع من اخرى بطل حكم الاولى ولو تناوب عليه عدد نساء لم ينشر الحرمة ما لم يكمل من واحدة خمس
عشرة رضعة ولاء ولا يصير صاحب اللبن مع تعدد المرضعات ابا ولا ابوه جدا ولا المرضعة اما لا شبهة في اعتبار التوالي في الرضعات
المعتبرة في العشر ولاعتباره جهتان احديهما ما اشار اليه المص بقوله بمعنى ان المرأة الواحدة تنفرد باكمالها فلو رضع بعض العدد
من امرأة وكمله من اخرى لم ينشر الحرمة ... في الحديث السابق
الرضاع اقل من رضاع يوم وليلة او خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل بينها رضعة امرأة
غيرها ولو ان امرأة ارضعت غلاما او جارية عشر رضعات من لبن فحل واحد وارضعتها امرأة اخرى من لبن فحل آخر عشر رضعات
لم يحرم نكاحهما وهذه الرواية ناصة على الحكم الا انك قد عرفت ما في سندها من الاشكال ولعل التعويل على الاجماع والمدعى او لى
عليها وقد خالف في ذلك العلامة ... والاصل وعموم ادلة الرضاع فيقتصر
تخصيصها باشتراط اتحاد الرضعة يحتاج الى دليل صالح والرواية ليست بحجة ... السند
ومن ثم لم يعتبرها الاكثر في اشتراط ... نظرا الى ذلك ... ويتفرع على
ما ذكرناه انه لو كان لها علقة ... فانه لا ينشر الحرمة بين الرضيع والنسوة ولا بينه وبين صاحب
اللبن ما لم يكمل من واحدة تمام العدد ولا صاحب اللبن ابا ولا ابوه جدا ولا المرضعة اما ولو لم يعتبر اتحاد المرضعة فان
جماعة من نسوة ... ليس لها من العدد ... الاخوة
بينهما وبينه ...

٢٧٦
يحصل بالرضاعة لانه يصل الى الجوف كما يصل بالارتضاع فيجب ... وبالجملة فرجع ... الى قياس الوجور على الارتضاع
من الثدي لاشتراكهما في العلة المستنبطة او المومى اليها في قول النبي لا رضاع الا ما انشز العظم وانبت اللحم ... الفرج
الى منع القياس ... الرضاعة والارضاع بهذا الفعل كما هو المشهور ... القياس معلوم ... ابن الجنيد ... لو ان امرأة حرم عليها ... فقال ابن الجنيد
انتهى بالمسألة ولم يذكر الادلة عليه بالرواية المذكورة ... في كتاب الخلاف ... ووجوب الرضاع
الرضاع المحرم ... طريق العامة والخاصة ...
احتياط المرأة ... عن الاسند ... الرواية المذكورة ...
يناسبها ... القائل ... **قوله** ...
مشهور ...
المراد ...
الى البطن ...
بسعطوه بالادهان ...
المعدة ...
من اسم اللبن ...
والباقون على ... **قوله** وكذا يجب ان يكون اللبن بحاله فلو مزج بان القي في فم الصبي مايع ورضع فامتزج حتى خرج
عن كونه لبنا لم ينشر مع المزج لا يتحقق كون تمام الرضعة من اللبن ...
بين كون اللبن غالبا ومغلوبا ولا بين مزجه بجامد كالدقيق ... واللبن ولا بين ان يكون مستهلكا
مستهلكا لاشتراك الجميع ... **قوله** ولو ارتضع من ثدي الميتة او اتم
بعض الرضعات وهي ميتة ...
الاصحاب ...
الرضعات ...
للرضاع ...
وانما ...
اما ...
مثلا ...
لا يشترط ...
موجود فلا يقدح ذلك في سببية السبب كما ... فان الحكم لا يتعلق بموته

وجب انتفت الشفقة ...
للاموة ...
صغيرة ...
المعتبرة ...
وحدة بعض العدد ثم رضع من اخرى بطل حكم الاولى ...
قوله ...
باكمالها ...
ذلك ...
ان لا يفصل بينهما ...
بغير رضاع ...
الارتضاع من غيرها ...
بل بعدم تخلل رضاع ...
من قطع في كره ...
ثم اغتذى بماكول او مشروب او رضعة ...
الثانية او غيرها رضعة غير تامة ...
الثانية ...
فان في اطلاق الرضعة ...
بها ...
الفعل ...
هذا في ...
واما التقدير بانبات اللحم وشد العظم ...
قوله ولا بد من ارتضاعه من الثدي في قول مشهور ...
شاملها ...
تحقق حكمه ...
فعال ...
ادلة الرضاع ...
وزرارة ...
عن ابن الجنيد ...
ابن الجنيد ...

لعدم شرط التغذية وهو الحياة والفرق بينها وبين البهيمة واضح لانه يصدق عليها اسم الامومة فيدخل في امهاتكم اللاتي ارضعنكم
بخلاف البهيمة وينبه على ما ذكرناه في الاستدلال بالاية من اقتضائها اسناد الفعل اليها بكونها مباشرة وهو منتف عن الميتة فيجاب بانه
ان كان بحسب الاية الا ان القصد الى الارضاع وفعله من المرضعة غير شرط اجماعا بل لو سعى اليها الولد وهي نائمة او التقمه ثديها وهي
غافلة تحقق الحكم وسيأتي في ارضاع الزوجة الصغيرة من الكبيرة ما ينبه عليه ثم لو سلم عدم صدق الارضاع صدق الرضاع
لانه عبارة عن مص اللبن من الثدي فيدخل في عموم قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهنا يظهر حجة المصنف
واستدل لنا ايضا بان المتفاهم من الوارد في تحريم الرضاع هو الرضاع من المرأة الحية وفي كون ذلك هو المتبادر منه نظر وبان
اللبن نجس بعد انفصاله لانه جزء ميتة ونجس وبانه لبن من ليس محل الولادة فلم يتعلق به الحكم كلبن الرجل وبانه لبن حرام قبل
انفصاله فلا يتعلق به الاحكام كالمنفصل من الرجل وفي الكل نظر واضح لان طهارته لا دليل على اعتبارها حتى لو عرض له
النجاسة قبل وصوله الى الجوف لم يؤثر للعموم والفرق بينه وبين لبن الرجل من حيث اختصاص الامهات في الاية والمرأة
في الاخبار **قوله** ان يكون في الحولين ويراعى ذلك في المرتضع لقوله لا رضاع بعد فطام وهل يراعى في ولد المرضعة الاشبه
انه لا يعتبر اه لا خلاف بين اصحابنا في انه يشترط في المرتضع ان يكون رضاعه دون الحولين وان يكمل عدد الرضعات قبل تمامهما
لقوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة فجعل تمام الرضاعة في الحولين وقول الصادق
في حسنة الحلبي انه قال لا رضاع الا ما كان في الحولين وقال ايضا لا رضاع بعد فصال وقول الصادق ع لا رضاع بعد
فطام قلت جعلت فداك وما الفطام قال الحولين اللذين قال الله عز وجل وهذا مثل الحديث الذي ذكره المصنف هنا وان كان
الاصطلاح على انه حيث يطلق عند الاطلاق يحمل على النبوي لكن المخصص هنا لفظ الحديث فاسلم وهذا اللفظ لا يعم الصادق عليه السلام وقد لا
فرق بين ان يفطم قبل الرضاع في الحولين وعدمه عندنا فلو فطم ثم ارتضع حصل التحريم كما انه لو لم يفطم حتى تجاوز الحولين ثم ارتضع
بعدهما قبل الفطام لم يثبت التحريم والمعتبر في الحولين الاهلة ولو انكسر الشهر الاول له اعتبر ثلاثة وعشرون بالاهلة واكمل المنكسر
بالعدد من الشهر الخامس والعشرين كغيره من الاجال على الاقوى ويحتسب ابتداء الحولين من حين انفصال جميع الولد وهذا كله
في المرتضع واما ولد المرضعة وهو الذي حصل من ولادته اللبن فهل يشترط ايضا كونه في الحولين حين ارتضاع الولد الاجنبي كي لا يقع شيء
من الرضعات فيما بعدهما او لا فيه قولان احدهما الاشتراط لظاهر قوله لا رضاع بعد فطام فانه نكرة في سياق النفي فيعم والمرتضع
والثاني عدمه لعموم قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم خرج منه ما اجمع على اعتباره فيبقى الباقي ولان المتبادر من قوله لا رضاع
بعد فطام المرتضع المتحدث عنه لا فطام ولد المرضعة لعدم مدخليته في التحريم فيكون هو المراد من الكلام وعدم الاشتراط اقوى تمسكا باصالة
عدم الاشتراط حيث وقع الشك وتفريعا على ما ذكره المصنف والشيخ **قوله** وان يكون اللبن لفحل واحد فلو ارضعت بلبن فحل واحد
مائة حرم بعضهم على بعض كذا لو نكح الفحل عشرا وارضعت كل واحدة واحدا او اكثر حرم التناكح بينهم جميعا ولو ارضعت اثنين
بلبن فحلين لم يحرم احدهما على الاخر وفيه رواية مهجورة اه المشهور بين اصحابنا انه يشترط في الرضاع المحرم ان يكون اللبن لفحل
بل ادعى عليه في التذكرة الاجماع وهذا الشرط يشتمل امرين احدهما اتحاد الفحل في اللبن الذي ينشر الحرمة بين المرتضع والمرضعة وصاحب
اللبن بمعنى ان رضاع العدد المعتبر لابد ان يكون لبنه لفحل واحد فلو كان لاثنين بان ارضعت بلبن واحد بعض الرضعات
ثم فارقها الاول وتزوجت بغيره واكمل العدد بلبنه لم ينشر الحرمة بين المرضعة والولد فضلا عن صاحب اللبن ويتفرع عليه ما
ذكره من المثال بان يتعاض الولد بالاكل في المدة المتخللة بين الرضاعين بحيث لا يفصل بينهما برضاع اجنبية ثم يكمل العدد

السالك ٩

ان طال الزمان فان ذلك لا يخل بالتوالي المعتبر كما سبق وعلى هذا التفريع فالشرط على نهج الشرط في التابعي بمعنى ان التحريم لا يثبت في حال
من الاحوال بفقد واحد من هذه الشروط والثاني اشتراط اتحاد الفحل في التحريم بين رضيعين فصاعدا بمعنى انه لا يكفي
في تحريم احد الرضيعين على الاخر مع اجتماع الشرائط السابقة من كون الفحل وهو صاحب اللبن الذي ارضعاه جميعا واحدا فلو رضع كل
منهما بلبن واحد لم يحرم احدهما على الاخر وان كان تمام العدد في كل واحد بلبن فحل واحد حصل التحريم بين المرتضع وبين المرضعة
والفحل وعلى هذا التفسير فليس هذا الشرط على نهج ما قبله لان اصل التحريم هنا ثابت بدون الشرط وانما المشروط بهذا الشرط التحريم الثابت
بين المرتضعين لا مطلقا وحاصل هذا الشرط انه اذا ارتضع ذكر وانثى من لبن فحل واحد سواء كان رضاعهما دفعة او
على التعاقب وسواء كان رضاعهما بلبن ولد واحد او ولدين متباعدين فانه يحرم احدهما على الاخر ولو ارضعت مائة بلبن فحل
واحد كذلك حرم بعضهم على بعض ولا فرق مع اتحاد الفحل بين ان يتحد المرضعة كما ذكر وتتعدد بحيث يرتضع احدهم من
احد اهن كمال العدد المعتبر والاخر من الاخرى كذلك وان بلغن مائة كالمنكوحات بملك اليمين ولو فرض في الاولاد المتعدد
رضاع ذكر وانثى من واحدة بلبن واحد ثم رضاع اخرى منها بلبن اخر وهكذا حرمت كل انثى رضعت مع ذكر من لبن الفحل الاخر
عليه ولا يحرم على الاخر وعلى هذا فيلغى الاخوة في الرضاع من جهة الام وحدها وهو معنى قولهم اللبن للفحل هنا للجمهور
الاخرين مع العدم الدليل على اعتبارها مع عموم الادلة المتناولة لها والذي اعتمد واستند اصحابنا في الشرطين معا الى روايات
مثل قول الباقر عليه السلام لا يحرم اقل من رضاع يوم وليلة او خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم
يفصل بينها رضعة امرأة غيرها ورواية عمار الساباطي انه سأل الصادق عليه السلام عن غلام رضع من امرأة ايحل له ان يتزوج اختها
لابيها من الرضاعة قال فقال لا فقد رضعا جميعا من لبن فحل واحد من امرأة واحدة قال قلت يتزوج اختها لامها من الرضاعة
قال لا باس بذلك ان اختها التي لم ترضعه كان فحلها غير فحل التي ارضعت الغلام فاختلف الفحلان فلا باس و[illegible]
هذين الخبرين بعار ولكن العمل بهما مشهور بين الاصحاب حتى ادعى فيه الاجماع مع انه قد عارضهما ما يدل على عدم اعتبار الفحل وهي
رواية محمد بن عبيد الهمداني قال قال الرضا عليه السلام ما يقول اصحابك في الرضاع قال قلت كانوا يقولون اللبن للفحل حتى
جاءتهم الرواية عنك انك قلت يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فرجعوا الى قولك قال فقال وذلك ان امير المؤمنين سألني عنها
فقال لي اشرح لي اللبن للفحل وانا اكره الكلام فقال لي كما انت حتى اسألك عنها ما قلت في رجل كانت له امهات اولاد شتى فارضعت
واحدة منهن بلبنها غلاما غريبا اليس كل شيء من ولد ذلك الرجل من امهات الاولاد الشتى محرما على ذلك الغلام قال قلت بلى قال
فقال ابو الحسن عليه السلام فما بال الرضاع يحرم من قبل الفحل ولا يحرم من قبل الامهات وانما حرم الله الرضاع من قبل الامهات وان كان لبن
الفحل ايضا يحرم وهذه هي الرواية التي حملها المصنف وتبعه وقد ذهب ابو علي الطبرسي صاحب التفسير فيه الى عدم اشتراط
اتحاد الفحل بل يكفي اتحاد المرضعة بل يكون بينهم اخوة الام وان تعدد الفحل فيدخل في عموم قوله تعالى واخواتكم من الرضاعة لان الاخ
من الام يحرم بالنسب كما ان الاخ من الاب فيحرم منه لما يحرم من النسب وهذا القول في غاية الجودة بشرط الطرح للروايتين السابقتين اما لضعف
السند او للمعارضة والرجوع الى عموم الادلة وهي ظاهرة ويؤيده ما روى الشيخ في الصحيح عن الحلبي قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل
يرضع من امرأة وهو غلام ايحل له ان يتزوج اختها لامها من الرضاعة فقال ان كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن
فحل واحد فلا يحل وان كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحلين فلا باس بذلك وهذه الرواية تؤيد ما تضمنته الروايتان
مع صحتها وان لم يكن عين المتنازع ولم يذكرها في الاستدلال [illegible] وينبغي ان يكون الاعتبار عليها والعمل بها ويكون هي

لعموم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب **قوله** ويحرم اولاد هذه المرضعة نسبا على المرتضع [illegible] لما كان تحريم الرضاع تابعا لتحريم النسب
وكانت الاخوة من الام كافية في التحريم النسبي فالرضاع كذلك الا انه خرج من هذه القاعدة الاخوة من الام من جهة الرضاع
خاصة بتلك الروايات فبقي الباقي على العموم فيحرم اولاد المرضعة بالنسب على المرتضع وان كانوا اخوة من الام خاصة بان لم
يكونوا اولاد الفحل لهذا العموم مع عدم المخرج مع دخول المحرم عنه كما يحرم على هذا المرتضع اولاد الفحل من النسب وان لم يكونوا
اخوة من الام لتحقق الاخوة بينهما في الجملة **قوله** ويستحب ان يختار للرضاع العاقلة المسلمة العفيفة الوضيئة لان الرضاع
يؤثر في الطباع والصورة قال النبي صلى الله عليه وآله انا افصح العرب بيد اني من قريش ونشأت في بني سعد وارتضعت من بني زهرة وكانت هذه
القبائل افصح العرب فافتخر بالرضاع كما افتخر بالنسب وقال عليه السلام لا تسترضعوا الحمقاء فان الولد يشب عليه وقال امير المؤمنين عليه السلام
انظروا من ترضع اولادكم فان الولد يشب عليه وقال الباقر عليه السلام لا تسترضعوا الحمقاء فان اللبن يعدي وان الغلام
ينزع الى اللبن يعني الى الظئر في الرعونة والحمق وقال عليه السلام عليكم بالوضاء من الظؤرة فان اللبن يعدي وقال محمد بن مروان
استرضع لولدك بلبن الحسان واياك والقباح فان اللبن يعدي **قوله** ولا تسترضع الكافرة ومع الاضطرار تسترضع الذمية
ويمنعها من شرب الخمر واكل لحم الخنزير ويكره ان يسلم اليها الولد لتحمله الى منزلها وتتأكد الكراهة في ارتضاع المجوسية هذا
النهي على وجه الكراهة لا التحريم بقرينة قوله وتتأكد الكراهة في استرضاع المجوسية لان التأكيد يقتضي كراهة في غيرها ولم
يبق منه الحكم باصل الكراهة في الذمية لتخصيصه بها حتى يكون المجوسية آكد كما يشعر به فبقي ان حاصل العبارة كراهة الكافرة
مطلقا والمجوسية اشد كراهة ويدل على الحكم مضافا الى ما سلف رواية عبد الرحمن بن ابي عبد الله قال سألت ابا عبد الله عليه السلام
هل يصلح للرجل ان يرضع له اليهودية والنصرانية والمشركة قال لا باس وقال امنعوهم من شرب الخمر [illegible]
الكفار [illegible] الكراهة [illegible] ما تقدم من الاخبار الدالة على ان اللبن يؤثر في الولد وعلى تأكد الكراهة في المجوسية ورود
النهي عنها في بعض الاخبار المحمول على تأكد الكراهة جمعا ففي صحيحة سعيد بن يسار قال لا تسترضع للصبي المجوسية وتسترضع له
اليهودية والنصرانية ولا يشربن الخمر يمنعن من ذلك وروى عبد الله بن هلال عنه قال سألته عن مظائرة المجوسي
فقال لا ولكن اهل الكتاب وقال اذا ارضعوا لكم فامنعوهم من شرب الخمر وهذا المنع على وجه الاستحباب وان كانت الذمية
المستأجرة شرط عليها ذلك في العقد [illegible] ما يؤثر في الطباع ما يثير خبثا يتعدى الى
اللبن ويمكن ان يكون وجه كراهة تسليمه اليها لتحمله الى منزلها الخوف ان تعمد شيئا من ذلك معنا فان النهي عن الركون
الى الذين ظلموا [illegible] وانها ليست مأمونة عليه **قوله** ويكره ان يسترضع من ولادتها من زنا وروي انه ان احلها مولاها فعلها
زالت الكراهة وهو شاذ اه المراد بها من تولد من زناها الولد الذي يرتضع بلبنه فانه يكره استرضاعها [illegible]
سواء كانت حرة ام امة وسواء كان المرتضع مولاها ام غيره وسواء ساغ لها مولاها فيما وقع منها من الزنا [illegible]
ام لا وروى عبد الله الحلبي في الموثق قال قلت لابي عبد الله عليه السلام امرأة ولدت من الزنا اتخذها ظئرا فقال لا تسترضعها
ولا ابنتها [illegible] علي بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلام [illegible] عن ابي جعفر عليه السلام قال لبن اليهودية والنصرانية والمجوسية
احب الي من ولد الزنا والرواية التي اشار اليها المصنف بطيب لبنها اذا احلها مولاها [illegible] قال
سألت ابا الحسن عليه السلام عن غلام لي وثب على جارية لي فاحبلها فولدت واحتجنا الى لبنها فان احللت لهما ما صنعا ايطيب لبنها
قال نعم وفي معناها حسنة جميل بن دراج عن ابي عبد الله عليه السلام في المرأة التي يكون لها الخادم وقد فجرت وتحتاج لبنها

قال مرها فلتحللها يطيب لبنها وفيها الضعف الى الشذوذ من حيث اعراض الاصحاب عن العمل بمضمونها الا اطلاق ما مضى من النهي ووقع
انه كلا يتبع حكمه فكيف يطيب لبنه وهذا في الحقيقة استبعاد محض مع ورود النصوص الكثيرة بها التي لا معارض لها وكذا يكره
استرضاع المرأة التي ولادتها من زنى بها بان تكون مخلوقة منه وقد تقدم في الخبر الاول ما يدل عليه وفي تعدي الحكم
المذكور اليها لو كانت امة فاحل مولاها ما وقع وجه لخروج المشاركة في المعنى بل لكن دخوله في اطلاق بعض الاخبار كقول
الصادق عليه السلام في حسنة محمد بن مسلم السابقة وكان لا يرى باسا بولد الزنا اذا جعل مولى الجارية الذي فجر بالمرأة في حل
قوله اذا حصل الرضاع المحرم انتشرت الحرمة من المرضعة وفحلها الى المرتضع ومنه اليهما فصارت المرضعة له اما والفحل ابا
واباؤهما اجدادا وامهاتهما جدات واولادهما اخوة واخوات واخوتهما اخوالا واعماما هذه هي القاعدة التي يتفرع عليها مسائل
من يحرم من الرضاع وحاصل الامر ان المرضعة تصير اما للمرتضع وهو ابنها وهي المراد من قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم و
يتبعها في ذلك اباؤها وان علوا وامهاتها كذلك فيصيرون اجداد المرتضع وجداته واخوتها واخواتها يصيرون له اخوالا
وخالات واولادها اخوة واخوات لان ذلك هو لازم الامومة وكان حكم الرضيع بالنسبة الى هؤلاء لانه لازم البنوة فيصير
ولدها واولاده [illegible] ذكرا او انثى احفادا لها ولابائها وامهاتها وهذه كلها [illegible] الاية لا خلاف فيه
بين المسلمين واما انتشار التحريم من الفحل اليه ومنه اليه فيصير له كالاب ويتعدى التحريم الى ابائه وان علوا والى اخوته
واخواته فيصيرون اعماما وعمات كذلك ومن الرضيع واولاده وان نزلوا فيصيرون احفادا للفحل ومن ذكرنا الامر فيه كذلك عندنا
عند اكثر اهل العلم والنصوص من الجانبين كثيرة وذهب جماعة من العامة الى عدم تعدي النشر الى الفحل نظرا الى ان قوله تعالى
وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة فان مقتضاها تعلق التحريم بالام والمرتضع من جانب الامومة والاخوة
ولان اللبن للمرأة لا للرجل [illegible] وجوابه ان انتشار التحريم الى الفحل وتوابعه جاء من قبل الاخبار وان لم تدل الاية فقد
طرقهم قول النبي صلى الله عليه وآله لعائشة لما استترت من افلح اخي ابي القعيس وكانت زوجته قد ارضعتها وقالت انما الرجل ليس ارضعني ولكن
ارضعتني امرأته [illegible] ثم قال النبي يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والحكم فيه عندنا اجماعي واخبارنا به كثيرة مستفيضة اذا
تقرر ذلك فنقول المصير المرضعة اما للرضيع وصاحب اللبن ابا له وقد قال صلى الله عليه وآله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقد حرم
الله تعالى بالنسب سبعا الام وهي الام وان علت فكل ام ولدتك او ولدت من ولدها او ارضعتك او ارضعت من ولدها
بواسطة او وسائط فهي بمنزلة امك وكذا كل امرأة ولدت اباك من الرضاعة او ارضعته او ارضعت من ولده ولو بوسائط
فهي بمنزلة امك والبنت وان سفلت وهي من الرضاعة كل بنت ارضعت بلبنك او بلبن من ولدته او ارضعتها امرأة ولدتها او
كل بنت لها من النسب او الرضاع وكلها بمنزلة بنتك والاخت وهي من الرضاعة كل امرأة ارضعتها امك او ارضعت بلبن ابيك و
كل بنت ولدتها المرضعة او الفحل والعمات والخالات وهن من الرضاع اخوات الفحل والمرضعة واخوات من ولدهما من النسب والرضاع
وكذا كل امرأة ارضعتها واحدة من جداتك او ارضعت بلبن واحد من اجدادك من النسب والرضاع وبنات الاخ وبنات الاخت وهي من
الرضاعة بنات اولاد المرضعة والفحل من الرضاع والنسب وكل انثى ارضعتها اختك او بناتها وبنات اولادها من الرضاع والنسب وبنات
كل ذكر ارضعته امك او ارضع بلبن ابيك وبنات اولاده من الرضاع والنسب وكل من بنات اختك او اخيك فهذه جملة المحرمات
بالنسب وقد الحق بها الرضاع وترتب عليها ما يرد عليك من المسائل وان تعددت ولا يخفى ذكر [illegible] في باب
خارج على التحريم كما يثبت [illegible] وقد وقع الالتباس في حكم مسائل كثيرة في باب الرضاع [illegible]

لحكم ولنذكر ههنا صور الثلث بقي منها الاربعة المشهورة التي استثناها في كره من قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
قال ام الاخ والاخت في النسب حرام لانها اما ام او زوجة اب واما في الرضاع فان كانت كذلك حرمت ايضا وان لم يكن كذلك لم تحرم
كما لو رضعت اجنبية لخال او خالة لم تحرم وانت اذا دعيت القاعدة علمت وجه عدم تحريم هذه وان استثناها من القاعدة
غير صحيح لانها لم يدخل فيها اصلا والاستثناء اخراج ما لولاه لدخل وبيان ذلك ان المحرمات من النسب هي السبع المذكورة
وام الاخ والاخت ليست احدها بخلطه لانها ان كانت اما فهي داخلة من حيث انها ام لا من حيث انها ام الاخ او الاخت ولهذا كانت
الام محرمة سواء كانت ام اخ واخت لابيها ام لم تكن فكونها ام اخ واخت امر خارج عن حكم الامومة وان لزمها في بعض الاحيان
الا ان الملزوم منفك من الجانبين فقد يوجد الام من دون ان يكون ام اخ او اخت وقد يوجد ام الاخ والاخت ولا يكون اما
فلا يدل تحريم الام على تحريم ام الاخ والاخت مطابقة ولا تضمنا وهو واضح ولا التزاما لعدم اللزوم الذهني بعينه …
فاذا رضعت اجنبية لخال او خالة لم يحرم عليك لانها ليست احدى المحرمات المذكورات التي هي مدار تحريم الرضاع ولا يصح استثناؤها
من القاعدة الا على جهة الاستثناء المنقطع كما يستثنى من الناس الحمار وايضا فان تحريم المذكورة ليس من جهة النسب مطلقا بل قد
يكون من جهة النسب كما اذا كانت اما وقد يكون من جهة المصاهرة كما لو كانت زوجة الاب فتحريمها من حيث هي ام اخ ليس تحريما
من جهة النسب فلا يدل عليه والقاعدة انه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لا ما يحرم من المصاهرة وهذه المصاهرة ليست موثرة
في التحريم ايضا لانها ملازمة لما يحرم بالمصاهرة لا غير فان ام الاخ من حيث انها ام للاخ ليست احدى النسوة الاربع المحرمات
بالمصاهرة وانما المحرم منكوحة الاب وهي لا تستلزم كونها ام الاخ كما حققناه في الام النسبية وثانيها …
التابنة ام الولد ولد الحرام لانها اما بنته او زوجة ابنه وفي الرضاع قد لا يكون احدهما مثل ان ترضع الاجنبية ابن الابن فانها
ام ولد الولد وليست حراما والكلام في تحريم هذه واستثناها من القاعدة كالسابقة فان ام الولد ليست من المحرمات السبع
بالنسب من حيث انها ام ولد الولد بل على تقدير كونها بنتا من حيث انها بنت ويظهر ذلك باعتبار الحيثية مع انفكاك البنت عن
الوصف بامية ولد الولد كما لو لم يكن لها ولد وانفكاك امية ولد الولد عن الوصف بكونها بنتا كما اذا كانت زوجة ابن وايضا
فان تحريمها غير منحصر في النسب بل قد يكون بالمصاهرة وهو واضح والكلام في المصاهرة كما مر فان المحرم منها حليلة الابن
لا ام ولد الولد لعدم الملازمة كما مر الثالثة جدة الولد في النسب حرام لانها اما ام او ام زوجتك وفي الرضاع قد لا يكون كذلك كما
اذا رضعت اجنبية ولدك فان امها جدته وليست بامك ولا ام زوجتك والكلام في استثناء هذه ايضا كالسابقة فان
جدة الولد ليست احدى المحرمات السبع وان اتفق كونها اما فتحريمها من تلك الحيثية لا من حيث كونها جدة الولد ولعدم انحصارها
النسب مع قطع النظر عن الحيثية لاشتراكها بين الام وام الزوجة المحرمة بالمصاهرة بتقريب ما تقدم ومن هذه الصورة ايضا …
حكم ما لو رضعت زوجتك ولد ولدها ذكرا كان الولد ام انثى فان هذا الرضيع يصير ولدك بالرضاع بعد ان كان ولد ولدك …
فتصير زوجتك المرضعة جدة ولدك وجدة الولد محرمة عليك كما مر لكن هنا لا تحرم الزوجة لان تحريم جدة الولد ليس مطلقا
في النسب بل من حيث انها جدة كما عرفت وكذا القول اذا رضعت ولد ولدها من غيرك فان الرضيع يصير ولدك بالرضاع وان لم
يكن له لبن انت قبله ويصير زوجتك جدة ولدك ولا تحرم بذلك كما قررناه الرابعة اخت ولدك في النسب حرام عليك لانها
اما بنتك او ربيبتك واذا رضعت اجنبية ولدك فبنتها اخت ولدك وليست بنتا ولا ربيبة والكلام في استثناء هذه
ايضا كما مر فان اخت الولد ليست احدى المحرمات بالنسب وتشترك بين المحرم بالنسب والمصاهرة مع قطع النظر عن الحيثية وفي هذه

الصورة

الصورة بحث باقي قال في كره وهذه الصور الاربع مستثناة من قولنا يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولي فيه نظر لما حققناه من
فساد هذا الاستثناء وكونه مجازا في المنقطع لكن هذا المعنى الثاني غير مراد لهم والتحقيق ان هذه الاربع نسوة ليست محرمات بالنسب ولا
بالمصاهرة وانما هن ملازمات للمحرمات بهما وسنبين البحث في ذلك فتدبر هذه الجملة تظفر بتحقيق مسائل كثيرة ضل فيها افهام اقوام
قوله كل من انتسب الى الفحل من الاولاد ولادة ورضاعا يحرمون على هذا المرتضع وكذا كل من انتسب الى المرضعة بالبنوة ولادة وان نزلوا
ولا يحرم عليه من انتسب اليها بالبنوة رضاعا هذه المسئلة متفرعة على ما تقتضيه شرط القاعدة السابقة فان الفحل لما صار ابا
كان اولاده اخوة لهذا الابن واخوانه فان المرتضع ذكرا حرم عليه بنات الفحل ولادة ورضاعا لانهن اخواته من الرضاعة وان كان انثى
حرم عليها اولاد الفحل ولادة ورضاعا كذلك ولما صارت المرضعة اما كان اولادها اخوة المرتضع من الام والاخوة من الام حرام
بالنسب فكذا بالرضاع ولو كان اولادها من الفحل كانوا اخوة المرتضع من ابيه وامه وكذا لو كان المرتضع الاخر منها بلبن الفحل كان اخا
للمرتضع الاخر لابيه وامه وان لم يتصلوا بالام فهم اخوة الام خاصة ولكن اشترط … من هذه الصورة ما لو كان اولاد المرضعة من
الرضاع خاصة ولم يكونوا اولاد الفحل من الرضاع والا لدخلوا في جملة اولاده المحكوم بتحريمهم مطلقا وذلك بان تكون قد ارضعت
ولدا بلبن غير هذا الفحل الذي ارتضع المبحوث عنه من لبنه فان احد الولدين لا يحرم على الاخر وان كان بينهما اخوة الام من الرضاعة
لما قد سبق من اعتبار اتحاد الفحل في تحريم احد المرتضعين على الاخر على القول المشهور وهذه هي السابقة بعينها وانما اعادها
لاقتضاء هذا التقسيم ذكرها حيث ذكر جميع الاخوة للمرتضع من طرف الفحل والام بالنسب والرضاع وعلى قول الطبرسي يحرم الجميع
قوله لا ينكح ابو المرتضع في اولاد صاحب اللبن ولادة ولا رضاعا ولا في اولاد زوجته المرضعة ولادة لانهم صاروا في حكم اولاده
هذه المسئلة خارجة عن حكم القاعدة السابقة فان اولاد المرضعة واولاد صاحب اللبن انما صاروا اخوة لولده واخوة الولد
يحرمون بالنسب … كما ذكر في المسئلة الرابعة من المسائل المستثناة فمقتضى ذلك ان لا يحرم اولاد صاحب اللبن ولا
اولاد المرضعة مطلقا على ابي المرتضع … من الرضاع ما يحرم من النسب واخوة الولد من حيث هم اخوة لا يحرمون بالنسب
مطلقا وانما يحرمون من حيث البنوة وهي منتفية هنا ولكن المقتضي للتحريم في هذه المسئلة تبعا للشيخ في الخلاف … لورود
نصوص صحيحة دالة على التحريم فكانت مستثناة لذلك وهي التي اشرنا اليها وجعلناها دليلا خارجا فيما سلف والروايات فيها كثيرة منها صحيحة علي
بن مهزيار قال سأل عيسى بن جعفر ابا جعفر الثاني عليه السلام عن امرأة ارضعت لي صبيا فهل يحل لي ان اتزوج ابنة زوجها فقال لي
ما اجود ما سألت من ههنا يؤتى ان يقول الناس حرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل هذا هو لبن الفحل لا غيره فقلت له ان
الجارية ليست ابنة المرأة التي ارضعت لي هي ابنة غيرها فقال لو كن عشرا متفرقات ما حل لك منهن شيء وكن في موضع
بناتك ومنها ما رواه الكليني في الصحيح عن عبد الله بن جعفر قال كتبت الى ابي محمد عليه السلام امرأة ارضعت ولدا لرجل هل
يحل لذلك الرجل ان يتزوج ابنة هذه المرضعة ام لا فوقع عليه السلام لا تحل له ومنها رواية ايوب بن نوح في الصحيح قال كتب علي بن شعيب
الى ابي الحسن عليه السلام امرأة ارضعت بعض ولدي هل يجوز لي ان اتزوج بعض ولدها فكتب لا يجوز ذلك لك لان ولدها صار
بمنزلة ولدك وهذه الروايات الصحيحة هي الحجة لهذه المسئلة مع اصل تلك القاعدة ومع ورود هذه الروايات في موضع النزاع ذهب
جماعة من الاصحاب منهم الشيخ في ط الى عدم التحريم محتجا بما اشرنا اليه من ان اخت الابن من النسب انما حرمت لكونها بنتا او ربيبة
المدخول بها فتحريمها بسبب الدخول بامها وهذا المعنى منتف هنا والنبي صلى الله عليه وآله انما قال يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولم يقل يحرم
من الرضاع ما يحرم من المصاهرة قال في ح وقول الشيخ في ط قوي ولولا الرواية الصحيحة لاعتمدت عليه وقد تقدم من كلام …

كره الحكم بعدم التحريم هنا ايضا كقول الشيخ من غير التفات الى ما يخالفه ولا نقل الخلاف ثم في موضع اخر منها نقل كلام الشيخ في ط وما
عارضه بالرواية الصحيحة وقال لولا هذه الرواية لكان الوجه ما قاله الشيخ في ط ولكن الرواية صحيحة السند وتعليل الحكم في التحريم
بانهم صاروا في حكم ولده يشبع هذه الرواية والتمسك بحكم ولده محل النظر لولاها وتفسيرها اولاد المرضعة بالولادة تفريع على
القول المتقدم من اولاد المرضعة مع تعدد الفحل لا يحرم بعضهم على بعض فلا يحرم اخوة المرتضع على ابيه لانهم ليسوا بمنزلة
ولده لان حكم الابن متفرع من حكم الولد وعلى قول الطبرسي يحرم عليه الجميع ان عمل بالرواية واعلم ان مما يتفرع على الخلاف في المسئلة ما
لو ارضعت جدة ولد الاب الولد … من لبن جده الرضاع المعتبر فان ام الرضيع تحرم على زوجها ابي المرتضع
لانها من جملة اولاد صاحب اللبن ان قلنا ان ابا المرتضع لا يجوز له ان ينكح في اولاد صاحب اللبن وتبين ان الرضاع كما يحرم سابقا
يحرم لاحقا ويبطل النكاح عقد من يحكم بتحريمها فينبغي التفطن لهذا فانه مما يغفل عنه قوله وهل ينكح اولاده الذين لم يرتضعوا
من هذا اللبن في اولاد هذه المرضعة واولاد فحلها قيل لا والوجه الجواز هذا متفرع على ما قبله فان قلنا ان اولاد صاحب اللبن
واولاد المرضعة لا يحرمون على ابي المرتضع فكذا لا يحرمون على اخوته بطريق اولى ووجه الاولوية ان الاولاد ما نسبتهم الى ابيه بمنزلة
الاولاد او الربائب وكلاهما محرم في الجملة بخلاف نسبتهم مع اخوته فان اخوة الاخ من حيث هم اخوة الاخ لا يحرمون على الاخ وانما
يحرمون من حيث هم اخوة لان الانسان لو كان له اخ من ابيه واخت من امه جاز لاخيه المذكور نكاح اخته اذ لا نسب بينهما محرم
انما يحرم اخت الاخ اذا كانت اختا للمحرم عليه من الاب او من الام وههنا ليس كذلك اذ لا نسب بين اخوة الرضيع واخوته من
الرضاع وان قلنا بتحريمهم على ابيه كما اختاره المص فهل يحرمون على اخوته الذين لم يرتضعوا قولان احدهما العدم لما ذكر من
العلة فانها حاصلة سواء حكمنا بتحريمهم على الاب ام لا وهذا هو الاشهر والثاني تعدي التحريم اليهم ذهب اليه الشيخ في ف و…
… استنادا الى التعليل المذكور في الروايات فانهم اذا كانوا ابناء لزوال الاب … بتحريم …
العلة المنصوصة يثبت الحكم حيث توجد … جرى مجراها يثبت به الحكم قوله اما لو ارضعت امرأة ابنا لقوم وبنتا لاخرين جاز ان ينكح
اخوة كل واحد منهما في اخوة الاخر لانه لا نسب بينهم ولا رضاع عدم التحريم هنا واضح لان اخوة احد المرتضعين ما نسبتهم الى
اخوة الاخر لا رابطة بينهم بالمحرمية اصلا فانهم ليسوا بمنزلة اخوة الاخوة الذين يحتمل فيهم التحريم وانما هم اخوة اخوة الاخوة
ولا فرق في ذلك بين ان يتحد الفحل بالنسبة الى المرتضعين وتعدد واحترز بقوله ابنا لقوم وبنتا لاخرين عما لو اتحد ابو الاخوة
فان التحريم واضح من حيث النسب قوله الرضاع المحرم يمنع من النكاح سابقا ويبطله لاحقا فلو تزوج رضيعة فارضعتها من
يفسد نكاح الصغيرة بارضاعها كامه وجدته واخته وزوجة الاب والاخ او كانت بلبنه المرضعة منهما انفسخ النكاح فان انفردت
المرتضعة بالارتضاع مثل ان سعت اليها فامتصت ثديها من غير شعور المرضعة سقط المهر لبطلان العقد الذي باعتباره ثبت
المهر ولو تولت المرضعة ارضاعها مختارة قيل كان للصغيرة نصف المهر … لا اشكال في ان الرضاع الذي
يحرم النكاح على تقدير سبقه عليه يبطله على تقدير لحوقه له فكما ان امرأة لو ارضعت بنتا صارت اختا من الرضاعة تحرم عليه نكاحها
ابتداء كذا تحرم عليه لو كان عقد عليها قبل الرضاع وكذا لو ارضعتها جدته لان الجدة ان كانت من قبل الاب صارت الرضيعة عمة
وان كانت من قبل الام صارت خالة وكذا اذا ارضعتها زوجة الاخ صارت بنت اخيه وكذا اذا ارضعتها زوجة الاخ بلبنه صارت
بنت اخيه او زوجة الاب بلبنه صارت اخته فيبطل نكاح الصغيرة في جميع هذه المواضع كما يحرم ابتداء لتحقق المعنى الموجب للتحريم
في الحالين المنافي لصلاحية الرضيعة لنكاحه واحترز بزوجة الاب والاخ بكون اللبن منهما عما لو كان من غيرهما لبعد مفارقتهما

اويزيل

او في زمان زوجيتهما لانه لم يتجاهلهما مرضعتين فان اللبن … على تفصيل فتصير ربيبة الاب والام وهما عليه محرمتين على الرجل
والضابط ان كل امرأة يحرم عليه ان ينكح بنتها فاذا ارضعت تلك المرأة زوجته الصغيرة العدد المعتبر تثبت الحرمة الموبدة وانفسخ النكاح
اذا تقرر ذلك فنقول اذا ارضعت الزوجة الصغيرة على وجه ينفسخ نكاحها فلا يخلو اما ان يكون بسبب يختص بها بان سعت الى الكبيرة
وهي نائمة وارتضعت الرضاع المحرم او بسبب من الكبيرة بان تولت ارضاعها او بسبب مشترك بان سعت الصغيرة اليها وارتضعت منها
فلم تمنعها منه ولم تعنها عليه او على تقدير مباشرة الكبيرة اما ان تكون مختارة في ذلك غير ملجئة شرعا او مامورة به او مكرهة
عليه وعلى التقادير الخمسة اما ان يكون للصغيرة مهر مسمى او يكون مفوضة فالصور عشر نذكر حكمها في خمسة اقسام الاول
ان يكون الرضاع بسبب يختص بالصغيرة فلا شيء لها على الزوج ولا على المرضعة لان الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول فكان
كالردة من قبلها … ولا فرق بين كونها مفوضة ومهورة وهذا هو الذي جزم به المص وجعله في كره اقوى وهو يؤذن
باحتمال الوجوب ووجه السقوط … ووجه العدم ان المهر وجب بالعقد والاصل يقتضي استمراره الى ان يدل دليل على خلافه ولا نص
عليه هنا والرضيعة لا قصد لها فكان فعلها بمنزلة عدمه فيخرج ان يثبت لها نصف المهر لانها فرقة قبل الدخول كالطلاق وهو احد
وجهي الشافعية ويضعف بانه قياس لا نقول به فاما ان يثبت الجميع لما ذكر او يسقط الجميع من حيث استناده اليها …
فالمذهب السقوط الثاني ان يكون الرضاع بفعل الكبيرة بان تولته بنفسها من غير ضرورة اليه وقد اختلف في حكم المهر فقيل يجب
للصغيرة على الزوج نصف المهر لانه فسخ قبل الدخول من غير جهة الزوجة فجرى مجرى الطلاق وهذا مذهب الشيخ في ط وتبعه عليه
جماعة وقيل يجب عليه جميع المهر لان المهر يجب جميعه بالعقد كما تبين ولا ينتصف الا بالطلاق وهذا ليس طلاقا والحاقه به قياس …
… هذا هو الوجه … لو كانت مفوضة البضع قبل وجوب المتعة الحاقا لهذا
الفسخ بالطلاق ويضعف ببطلان القياس مع وجود الفارق فان الفسخ جاء من قبل الزوج … ويحتمل السقوط
اصلا كالموت لان عقد النكاح والتفويض لا يوجب مهرا … وانما اوجب الطلاق بالاية فلا يتعدى مورده وليس
هذا القياس على الموت كما قاسه الاول على الطلاق بل مستند الى اصل البراءة ويحتمل وجوب مهر المثل او نصفه على ما تقدم
من الوجهين لانه عوض البضع حيث لا يكون هناك مسمى لامتناع ان يخلو البضع من عوض ثم الزوج اذا غرم شيئا من هذه
الغروض هل يرجع به على المرضعة قولان منشأهما ان البضع هل يضمن بالتفويت ام لا والقول بالرجوع للشيخ في ط وتبعه عليه
جماعة لان البضع مضمون كالاموال لانه يقابل بالمال في النكاح والخلع … بمهر المثل فادون وكذا المرأة
المختلعة بمهر المثل … المسئلة المهاجرة مع كفر زوجها … ثم الرجوع هنا … بالارضاع
… فلا شيء عليه … بتقدير عدم القصد …
… على الرضيعة … وهذا صرح الشيخ في ط … الخلاف في الفرق
بين الامرين وعدمه والوجه عدم الفرق بين الحالتين … لان اتلاف الاموال يوجب الضمان على كل حال فان كان البضع منها
يضمن في الحالتين والا فلا والفرق بين موضع النزاع وبين … المال … من الحال اصلا …
المرضعة وقال الشيخ في الخلاف لا يضمن المرضعة مطلقا سواء قصدت الفسخ ام لا تقصد لان منفعة البضع لا تضمن بالتفويت
بدليل ما لو قتلت الزوجة نفسها او قتلها قاتل او ارتدت او ارضعت من ينفسخ نكاحها بارضاعها فانها لا تغرم للزوج
شيئا وبالجملة فالبضع ليس كالمال … بالمال …

البضع وعدم لزوم شيء على تقديره بعدم الطلاق والمال ليس كذلك وانه وان لم يلحق بالاموال لكن تفويته سبب في لزوم المهر للزوج يوجب ضمان ما يغرمه وان لم يوجب ضمان البضع من حيث تفويته فاما الوجه لعدم وجوب الضمان عليها مهر المثل لانه قيمة المتلف شرعا كما يضمن المتلف من الاموال بقيمته ولا ينظر الى ما ملكه به من العوض وفيه نظر لان ما يجب على الزوج مسبب عن العقد لا عن الفسخ الطارئ ومن سببها الثالث ان يكون الارضاع بفعل الصغيرة والكبيرة عالمة فكل منهما عليه لحاقه بالسابقة او عدمه ووجهان من انها لم تباشر الاتلاف ومجرد تمكينها المنع لا يوجب الضمان كما لو لم تمنعها من مباشرة اتلاف مال الغير معتقدة بها على المنع ويظهر من المص واكثر الجماعة ان تمكينها بمنزلة المباشرة وجريح في كره لان تمكينها من الارضاع بمنزلة الفعل حيث ان المرتضعة ليست مميزة ولا يخرج من نظر ولو حصل الارضاع باشتراك الصغيرة والكبيرة في الفعل فيكون السبب منهما ولا يرجع الزوج على المرتضعة المقتص ما يغرم من المهر لان وجه الرابع ان ترك الكبيرة الارضاع ولكن كان في ذلك تلف وموضع الاحتراز بان لا تجد مرضعة غيرها واضطرت الصغيرة الى الارضاع وجب على الكبيرة الفعل وفي ضمانها وجهان من كونها مأمورة بالفعل شرعا فكان الامر في الاتلاف فلا يتعقبه الضمان وانها محسنة وما على المحسنين من سبيل وهو الذي اختاره الشيخ ومن تحقق المباشرة الاتلاف لان غرامته لا يختلف بهذه الاسباب وفي المبسوط نحج البعض بعدم الفرق وانه يضمن كره على نقل القولين عن الشافعية ولا يخرج من قرب الخامس ان تكون الكبيرة مكرهة على الارضاع بان حملها عليها القادر على فعل ما توعدها به مع ظنها فعله ولم تعل امر متوعد لا يتحمل مثلها عادة وان لم يبلغ الاكراه حد الالجاء ولا ضمان هنا على المكرهة لان الاكراه يسقط ضمان المال المختص وغاية البضع الحاقه بالمال اما ضمان الزوج للصغيرة فثابت على كل حال ويحكى كونه في حق الشافعية وجها بين يرجع على المكرهة او المخوفة لم يرجح شيئا والحكم تردد في ضمان المرتضعة بجميع الاقسام نظرا الى تردده في ان البضع هل يضمن بالتفويت ام لا وقد ظهر مما قررناه وجه تردده **قوله** ولو كان له زوجتان صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة حرمتا ابدا ان كان دخل بالكبيرة والا حرمت الكبيرة حسب ولكبيرة مهرها ان كان دخل بها والا فلا مهر لها لان الفسخ جاء منها وللصغيرة مهرها لانفساخ العقد بالجمع وقيل يرجع به على الكبيرة هذه المسألة وما بعدها متفرعة على الضابط الذي قدمناه في المسألة السابقة وعلى اصل آخر وهو ان المصاهرة يتعلق بالرضاع كما يتعلق بالنسب فمن نكح صغيرة وكبيرة حرمت عليه مرضعتها لانها ام زوجته من الرضاع وحرمت كما هي من النسب وكذا تحرم عليه بنتها من الرضاع واختها جمعا كما تحرم جدتها وبنت اختها وبنت اخيها ابدا ومن رضاع الكبيرة وكذا لو كانت تحته كبيرة فطلقها فنكحت صغيرة وارضعتها بلبن المطلق حرمت عليهما ابدا اما على المطلق فلان الصغيرة صارت ابنته وهي امرأة الصغير فيكون حليلة ابنه واما على الصغير فلانها امه وايضا زوجة ابيه واشباه ذلك كثيرة ولا ينافي هذا قوله ان الرضاع يحرم منه ما يحرم من النسب المقتضي لعدم تحريم ما يحرم بالمصاهرة لان حيث المفهوم مع ما سيأتي فيه من حل الاول ان ما ذكرناه بالمصاهرة مما يتعلق اسبابها بالنسب فان ام الزوجة من النسب حرام وقد حكم الشرع بان الرضاع يصير كالنسب فهو يقتضي ما ذكرناه من التحريم ومثله بنت الزوجة من النسب فانها حرام فكذا المحرم بينهما من الرضاع وكذا القول في زوجة الابن من الصلب وزوجة الابن من الرضاع لان الابوة والبنوة قد ثبتت بالرضاع فيثبت لها ويلحق بها الحليلة وما ذكروه من المصاهرة التي لا يتعدى اليها تحريم الرضاع هي المصاهرة والناشئة بالرضاع نظير المصاهرة الحاصلة بالنكاح مثل كون المرأة ام الزوجة فان هذا الوصف يتحقق بنكاح بنت امرأة فيثبت به التحريم فاذا ارتضع طفل رضاعا محرما صارت المرضعة بمنزلة الزوجة كالام المرتضع حيث انها ام ابنه فانها بمنزلة ام الزوجة واختها بمنزلة اخت الزوجة ومثل هذا لا يتعدى اليه التحريم الا ما استثني سابقا مما ورد فيه النص وهذا الخلاف في المصاهرة في الاول لانها ليست ناشئة من الرضاع الصحيح انما الناشئ عن الرضاع هو البنوة مثلا فلما تحققت لزم الحكم الناشي من

النكاح

النكاح وهو كون منكوحته حليلة ابن ومثله الامومة واذا ثبتت الزوجية حرمت عليه امهاتها لدخولها في امهات نسائكم وبنتها بالدخول في وربائبكم مع الدخول بالام وهكذا والضابط ان الولد من الرضاعة بمنزلة الولد من النسب والامر منزلة الام بمنزلة الاب الى آخر الجهات النسبية ثم يلحقهم احكام المصاهرة بالنسبة الى هذه الجهات بملاحظتها وجمعا ولا يتعدى الى مناسبها بل انها محرم من حيث هي كذلك كالمحرم بالسبب بالسبب حيث كذلك فلا يتعدى الى مناسبها او منسوبها وهذه قاعدة شريفة اعط بها عمل الم ملتبس عليك تنتسبن من فروع الرضاع واذا تقرر ذلك فنقول اذا كان الشخص في صحبته العقد بها كبيرة والاخرى صغيرة في الحولين فارضعت الكبيرة الصغيرة الرضاع المحرم انفسخ نكاحهما لامتناع الجمع في النكاح بين الام والبنت وقد صارت الصغيرة بنتا والكبيرة اما دفعة واحدة فانفسخ نكاحهما ثم ان كان الرضاع بلبن الزوج حرمتا مؤبدا سواء دخل بالكبيرة ام لا لصيرورة الصغيرة بنتا والكبيرة اما الزوجة وان كان الرضاع بلبن غيره فان كان دخل بالكبيرة حرمتا ايضا ابدا لان الكبيرة ام الزوجة والصغيرة بنت المدخول بها وان لم يكن دخل بالكبيرة لم تحرم الصغيرة مؤبدا لانها ربيبة لم يدخل بامها وان انفسخ النكاح فيجدد ان شاء وهذه المصاهرة من قبيل ما يتعدى اليه التحريم لانه من لوازم النسب كما مر ثم الكبيرة ان كان قد دخل بها استقر مهرها بالدخول فلا يسقط بالسبب الطارئ وان كان من جهتها كالارتداد بعده وان لم يدخل بها سقط مهرها لان الفسخ من قبلها كالردة مثله وهو من عوض البضع لتفويتها وجرة ورجعها وادعى وقوع الرجعة في العدة وانكرت وحلفت ثم رجعها الا بعد انقضاء العدة فانه يجمع بها ثم الكبيرة بينهما في اليمين وصدقت الزوج فانه لا يقبل في حق الثاني وقد حكى بان الاول يرجع عليها بمهر المثل ان كان قد وطئها وعلى هذا ينبغي في مسألتنا الرجوع عليها بالمهر على تقدير الدخول وجوابه انما يرجع عليها هناك للحيلولة بينه وبين بضعها لانها زوجته لانها اقرت بها باقية على نكاح الزوجية وقد حالت بينه وبينها باليمين ولهذا لو طلقها الثاني وعادت الى الاول لم يفتقر الى عقد جديد ويجب عليه رد المهر عليها اذا عادت اليه لزوال الحيلولة التي غرم فيها للحيلولة باليمين على خلاف مسألة الرضاع فان النكاح ارتفع في الحال وينفسخ الامر في الجواب نظر وفي الفرق اشكال واما الصغيرة فتستحق جميع المهر على الزوج لوجوبه بالعقد وعدم ثبوت مسقط ولا منقص كالمرة وهذا هو الذي قطع به المص مع حكمه بالنصف في المسألة السابقة على تردد وقيل يرجع هنا عليه بالنصف خاصة كالطلاق والاول اقوى والقول في رجوع الزوج على الكبيرة وعدمه وقول التفصيل بتوليها الارضاع وعدمه كما مر في الثانية **قوله** ولو ارضعت الكبيرة له زوجتين صغيرتين حرمت الكبيرة والمرتضعتان ان كان دخل بالكبيرة والا حرمت الكبيرة والوجه في هذه كالسابقة والحكم بعدم تحريم الصغيرتين مع عدم الدخول بالكبيرة مشروط بكون اللبن لغير الزوج والاخريين معا وتحريم المسألة ان الشخص اذا كان له زوجة كبيرة وزوجتان مرتضعتان فارضعتهما الكبيرة الرضاع المحرم فان كان بلبنه حرمن مطلقا سواء ارضعتهما على الاجتماع ام على التعاقب اما تحريم الصغيرتين فلانهما صارتا ابنتيه واما الكبيرة فانها ام زوجته وام الزوجة تحرم وان لم يدخل بالزوجة والام من الرضاع كالام من النسب كما قررناه وان ارضعتهما بلبن غيره فان كان قد دخل بالكبيرة حرمتا ايضا مؤبدا لانهما وان لم تكونا ابنتيه لكنهما ابنتا زوجته المدخول بها فهما ربيبتان وحرمته في مجمع ولا فرق بين كون ارضاعهما دفعة او على التعاقب لان الكبيرة وان خرجت عن الزوجية بارضاع الاولى الا ان الثانية قد صارت بنت من كانت زوجته وسبب التحريم هو الدخول بالكبيرة فلا يختلف الحال بين ان ترضعهما دفعة او متعاقبتين وان كان لم يدخل بها لم تحرم الصغيرتان بالرضعة الاخيرة كل واحدة منهما او ذواها دفعة واحدة انفسخ عقد الجميع لتحقق الجمع بين الام وبنتيها بالعقد بتخصيص التحريم بالكبيرة لانها ام زوجته وله تجديد العقد على من شاء من الاختين وان ارضعتهما على التعاقب انفسخ نكاح الكبيرة والاولى لحصول الجمع المحرم فيهما وبقي نكاح الثانية لان الكبيرة لا

حرمتا عليه وحكم هذه المسألة متفرع على السابقة وانما يتم جزمه بتحريمها على تقدير الدخول بالكبيرة لتصير الصغيرة بنت مدخول بها والا لم تحرم الصغيرة كما عرفته من السابقة ومع ذلك فجزمه بتحريم الصغيرة على تقدير الدخول بالكبيرة مبني على الاكتفاء بما كانت زوجته وقد سبق منه جلاف ذلك لان الاولوية لا ينفي التحريم فكانه قرينة على انه اختار التحريم في السابقة او رجوع عن الحكم الاولوية على مصطلح لا يفيد المنع من خلافهما ولا يتوهم اختلاف الحكم من حيث ان الخارجة عن الزوجية هنا المرتضعة وهناك المرضعة لاشتراكهما في المعنى المقتضي للتحريم وعدمه فيمكن ان يقال في السابقة ان النص الوارد بعدم التحريم فلم يلتفت الى الدليل الدال على صدق الزوجية وهنا رجع الى الاصل المقتضي للتحريم في غير موضع النص نظيره ما تقدم من حكم تحريم اولاد صاحب اللبن على المحل للرواية الدالة على انهم بحكم اولاده وعدم الحكم بتحريمهم على اخوة المرتضع وان كانوا بحكم اخوتهم رجوعا الى الاصل المقتضي لعدم التحريم في غير موضع النص والذي هنا هو الذي رجحه المص بالتحريم في هذه المسألة **قوله** لو كان لاثنين زوجتان صغيرة وكبيرة فطلق كل منهما زوجته وتزوج بالاخرى ثم ارضعت الكبيرة الصغيرة حرمت الكبيرة عليهما وحرمت الصغيرة على من دخل بالكبيرة وجه تحريم الكبيرة عليهما معا ظهر مما تقدم من الاكتفاء في الكبيرة بكونها ام من كانت زوجته وهو واضح بالنسبة الى الزوج الصغيرة في الحال او في الماضي واما الآخر فلانها ام من كانت زوجته وقد تقدم الكلام في الاكتفاء بذلك في التحريم واما تحريم الصغيرة على من دخل بالكبيرة فلانها بنت زوجته المدخول بها او من كانت زوجته ولم يذكرها خلافا الاكتفاء بما سبق او للوجه الذي ذكرناه في غير موضع النص **قوله** اذا قال هذه اختي من الرضاع او بنتي على وجه يصح فان كان قبل العقد حكم عليه بالتحريم ظاهرا وان كان بعد العقد ومعه بينة حكم بها فان كان قبل الدخول فلا مهر وان كان بعده كان لها المسمى وان فقد البينة وانكرت الزوجة لزمه المهر كله مع الدخول ونصفه مع عدمه على قول مشهور اذا ادعى رجل على امرأة انها محرمة عليه من الرضاع كان ادعى انها اخته منه او امه فان كذبه الحس في دعواه بان يقتضي الحس بحسب سنهما انها لا يكن ارضاعها من لبنه في الحولين او لا يمكن رضاعهما من لبنهما كذلك ولا يمكن رضاعهما من امرأة واحدة او لبن رجل واحد لم يلتفت الى دعواه وحل له ان يتزوجها والحكم عليه ان كانت زوجته وان امكن صدق دعواه فلا يخلو اما ان يكون قبل ان يعقد عليها نكاحا او بعده وعلى التقديرين اما ان تصدق في دعواه او تكذبه او لا تعلم الحال وعلى تقدير كونه قبل العقد اما ان يكون قبل الدخول او بعده ثم اما ان يكون قد سمى لها مهرا ام لا وعلى تقدير التسمية اما ان يكون بقدر مهر المثل او زائدا او انقص وبسبب اختلاف هذه الصور تختلف الاحكام وجملة حكمها ان دعواه الممكنة ان كان قبل العقد حكم عليه بالتحريم ظاهرا سواء صدقته ام كذبته فليس له التزويج

ما حق لا ينفسخ عقدها لانه لم يتحقق الجمع المحرم وبقي حل الصغيرة الاولى موقوفا على مفارقة الثانية كما في كل اخت الزوجة بغير معقود عليها ولو على هذا لو ارضعت له زوجته ثالثة والثلاثة زوجاته ثم ان لم تدخل بالكبيرة فلا تحرم الصغائر وعلى التعاقب يعلم ان المص اعتبر في هذه المسألة وما بعدها في تحريم الجميع الدخول بالكبيرة لما تقدم من اشتراط كونها ام من كانت زوجته ولم يكن اللبن له بدون الدخول ممتنع عنه اللبن فلا وجه للتفصيل بكون اللبن منه او من غيره بالنسبة الى تحريم الكبيرة واما الصغيرة فتحريمها فقط التقدير ان وانما يحتاج الى هذا التفصيل من لا يعتبر في اللبن المنسوب الى الزوج الوطي بل يكتفي بالزوجية كالعامة وهم اهل هذا التفصيل فيجري عليه بعض الاصحاب ويمكن ان يفرض عندنا كون اللبن للزوج من غير دخول على تقدير كونه قد وطئها قبل الزوجية ثم تزوجها منه فان اللبن يلحق به كالولد لانا نقول بان وطء الشبهة يثبت الحرمة فاذا تزوجها كان اللبن منه ولد وهو قبل حمله تعلق العقد غير مدخول بها فيجامع كون اللبن له في التفصيل **قوله** ولو كان له زوجتان وزوجة رضيعة فارضعتها احدى الزوجتين اولا ثم ارضعتها الاخرى حرمت المرضعة الاولى والصغيرة دون الثانية لانها ارضعتها وهي بنته وقيل بل تحرم ايضا لانها صارت اما لمن كانت زوجته وهو اولى وفي كل هذه الصورة ينفسخ النكاح لتحقق الجمع المحرم واما التحريم فعلى ما سيق ٧ اشكال في تحريم المرضعة الاولى مطلقا لانها صارت ام زوجته وتحريمها لا يشترط فيه شيء واما تحريم الصغيرة فمشروط باحد الامرين اما كون اللبن للمرتضع لتصير ابنته او كون احدى الكبيرتين مدخولا بها سواء كانت الاولى ام الثانية لان الصغيرة تصير بنتا لها وحل صارت بنته زوجته المدخول بها وهذا واضح وبقي الكلام في تحريم الثانية من الكبيرتين فقد قيل انها لا تحرم والمص مال اليه حيث جعل التحريم اولى وهو مذهب الشيخ في ثقة وابن الجنيد لخروج الصغيرة عن الزوجية الى البنتية وام البنت غير محرمة على ابيها خصوصا على القول باشتراط بقاء المعنى المشتق منه في صدق الاشتقاق كما هو مذهب جمع من الاصوليين ولرواية علي بن مهزيار عن ابي جعفر قال قيل له ان رجلا تزوج بجارية صغيرة فارضعتها امرأته ثم ارضعتها امرأة له اخرى فقال ابن شبرمة حرمت عليه الجارية وامرأتاه فقال ابو جعفر عليه السلام اخطأ ابن شبرمة حرمت عليه الجارية وامرأته التي ارضعتها اولا فاما الاخيرة لم تحرم عليه كانها ارضعت ابنته وهذه الرواية نص في الباب لكنها ضعيفة السند في طريقها صالح بن ابي حماد وهو ضعيف ومع ذلك فهي مرسلة لان المراد بابي جعفر حيث يطلق الباقر عليه السلام وقرينته قول ابن شبرمة في مقابله لانه كان في زمنه وابن مهزيار لم يدرك الباقر عليه السلام ولو اريد بابي جعفر هو الجواد عليه السلام بقرينة انه ادركه واخذ عنه فليس فيه انه سمع منه ذلك بل قال قيل له وجاز ان يكون سمع بواسطة فالارسال متحقق على التقديرين مع ان هذا الثاني بعيد لان اطلاق ابي جعفر لا يحمل على الجواد ومذهب ابن ادريس والمص في النافع وكثير من المتأخرين الى تحريمها ايضا وهو الاصح كلام الشيخ في المبسوط على القياس بحيث لانه يصدق عليها انها ام زوجته وان كان عقدها قد انفسخ لان الاصح انه لا يشترط في صدق المشتق بقاء المعنى المشتق منه ولدخولها تحت قوله وامهات نسائكم ولمساواة الرضاع النسب وهو يحرم سابقا ولاحقا فكذا ما يساويه وهذا هو الاقوى واعلم انه يستفاد مما ذكره في علة التحريم انه لا فرق فيه بين كونه في زمان زوجية الكبيرتين وبعد فراقهما بطلاق وغيره لبقاء معنى الزوجية فيهما بعد الفراق نعم لو طلق الكبيرتين قبل ان يدخل بهما ثم ارضعتا الصغيرة بلبن غيره لم تحرم الصغيرة لانها صارت بنت غير المدخول بها والمراد بقول المص في كل هذه الصور ينفسخ نكاح الجميع المسائل الثلاث المتقدمة لانها ذكر فيها حكم التحريم ولم يذكر انفساخ النكاح فبين الحكم في بها فيه مجملة واحدة وقد عرفت انه يستثنى من ذلك من المسألة الثانية ما لو ارضعت الصغيرة الثانية بلبن غيره بعد ان ارضعت الاولى وحكم بتحريمها وانفساخ عقدها فان نكاح الثانية لم ينفسخ لعدم وجود ما يقتضيه **قوله** ولو طلق زوجته فارضعت زوجته الرضيعة الصغيرة

ام طلق

فانها تحرم بالشبهة في حق الزوج والرضاع جعلها ابنته او ما يقتضي التحريم فيما ذكرناه

٢٨٣

[illegible]

٢٨٤

[illegible]

بذلك ويجوز للاب تقويم امة الصغير على نفسه بان يتملكها بعقد شرعي فيملكها بمجرد التقويم اذ لا ينتقل الملك بدونه ومن دون الانتقال
لا يباح الوطي ولا يكفي مجرد المصلحة في ذلك لان للعموم المستفاد من روايات كثيرة منها صحيحة ابي الصباح عن ابي عبد الله عليه السلام
في الرجل يكون لبعض ولده جارية وولده صغار هل يصلح ان يطأها فقال يقومها قيمة عدل ثم يأخذها ويكون لولده عليه ثمنها
وفي تعدد الحكم الى الجد وجهان اجودهما ذلك لاشتراكهما في المعنى ولا فرق بين كون الاب مليا او معسرا قوله ولو بادر احدهما فوطئ
مملوكة الآخر كان زانيا لكن لا حد على الاب ويعزر على الابن الحد لاحد في تحقق الزنا من الجانبين لكونه وطئ محرم بالاصالة ثم الكلام
في تحريمها بذلك على الآخر ولم يتعرض له المص ولعله اكتفى بذكره في مطلق الزنا فيما سبق لا بما يثبت الحكم على الولد عدم الشبهة والا
سقط عنه الحد ايضا والفرق بين الابن والاب بعد اشتراكهما في الاصل ان فلا يناسب اثبات العقوبة عليه بخلاف العكس قوله
ولو حملت مملوكة الاب من الابن مع الشبهة عتق ولا قيمة على الابن ولو حملت مملوكة الابن من الاب لم ينعتق على الاب فكذا الا ان يكون انثى
انما عتق الاول لان ولد المملوكة يلحق بابيه لكونه حرا مالك الجارية ولهذا يعتق ويدفع اليه القيمة ولو لم يعتق ولزم
على الجد ولا قيمة على الابن لان العتق يثبت من حيث الولادة لانه لو حملت مملوكة الابن من الاب كان المال الابن وهو اخوه والاخ لا
يعتق على الاخ وعلى الاب فكذا قيمته نعم لو كان انثى عتقت على اخيها فلا قيمة على الاب قوله ولو وطئ الاب زوجة ابنه لشبهة لم تحرم
على الولد لسبق الحل وعدم التحريم لانها منكوحة الاب وبلزم الاب مهرها ولو عاودها ثانيا فان قلنا الوطي بالشبهة ينشر الحرمة
كان عليه مهر ايضا وان قلنا لا يحرم وهو الصحيح فلا مهر سوى الاول فيها لاتنا الاحرم المختار هو ان وطي الشبهة لا يحرم لا يحقه
هذا منه والنكاح في الاية مختص بالعقد او مشترك فلا يحمل فيهما وعلى هذا فلا يحرم على الابن ويفرع على الخلاف لو وطئها الابن ثانيا
فان قلنا بحرمها عليه وكانا عالمين بالتحريم وان كانا جاهلين بالتحريم او هي جاهلة فلها بذلك الوطي مهر المثل
كغيره من وطي الشبهة فيجتمع لها على الواطي مهران المسمى الاول بالعقد والمثل ولها ايضا على ابيه مهر المثل لوطي الشبهة قوله يحرم اخت
الزوجة جمعا لا عينا انما جعل هذه من توابع المصاهرة من حيث عدم التحريم العيني بل الجمعي خاصة وعلى تحريم الجمع بين الاختين اجماع
المسلمين والكتاب صريح فيه والسنة واردة ولا فرق بين كون الجمع بنكاح دائم او منقطع ولا بين كونه دخل بالاولى او لا
بين كون الاخت لاب او لام او لهما ولا يلحق بالاخت اخت الاخت حيث لا تكون اختا كما لو كانت اختها الام اختها الاخت لاب والعكس قوله
وبنت اخت الزوجة وبنت اخيها الا برضا الزوجة ولو اذنت صح ولو ادخل الخالة والعمة على بنت اختها او اخيها او لو كره المدخول عليها
اجمع علماء الاسلام عدا الخوارج على تحريم الجمع بين العمة والخالة وبنت اخيها واختها في النكاح لقوله لا تجمع بين المرأة وعمتها
ولا بين المرأة وخالتها والعامة يطلقون تحريم الجمع بين كل امرأتين لو كانت احداهما ذكرا لحرم عليه نكاح الاخرى وهذا ايضا يحصل
لانه يدخل فيه الجمع بين الاختين وبين البنت وامها وان علت وابنتها وان سفلت وجميع الكلام في الجمع بين العمة مع بنت الاخ او
الخالة مع بنت الاخت اما اصحابنا فقد اختلفوا فيه بسبب اختلاف الروايات فالمشهور بينهم حتى كاد يكون اجماعا بل ادعاه جواز الجمع
لكن بشرط رضا العمة والخالة اما الجواز في الجملة فلعموم قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم بعدان عدد المحرمات جمعا وفيه اذ كره ما يمنع ودل
على بعض قال سألت ابا جعفر عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة على عمتها وخالتها قال لا بأس لان الله عز وجل قال واحل لكم ما وراء ذلكم
واما اشتراط رضا العمة والخالة فلصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام لا تزوج ابنة الاخت على خالتها الا باذنها وتزوج الخالة على ابنة
الاخت بغير اذنها وصحيحة ابي عبيدة عنه ايضا قال لا تزوج ابنة الاخ ولا ابنة الاخت على العمة ولا على الخالة الا باذنهما وتزوج
الخالة والعمة على ابنة الاخ وابنة الاخت بغير اذنهما والتقييد بعدم الاذن يقتضي التسويغ معه وحديث علي بن جعفر عن اخيه السابق

عينادم

قد نزوج

٢٨٥

خالته وتزوج العمة والخالة على ابنة الاخ وابنة الاخت ولا تزوج بنت الاخ والاخت على العمة والخالة الا برضاء منهما فمن فعل
فنكاحه باطل وفي مقابلة المشهور قولان نادران احدهما جواز الجمع مطلقا ذهب اليه ابن ابي عقيل وابن الجنيد على ما نقل عنهما لا
الا ان الفاضل نقل عن ابن الجنيد الموافقة للاصحاب وانهما ذلك وعندي في ذلك نظر لانهما اطلقا القول بالجواز واستدلا بالاية وهو مذهب
الاصحاب وانما الكلام في امر آخر وهو عدم اشتراط الاذن مع ان ابن الجنيد قال عقيب ذلك وقد روي جوازه اذا تراضيا
عن ابي جعفر عليه السلام وموسى بن جعفر ودعاء تدبرت كتاب ابن ابي عقيل قول الائمة ثم ذكر الشيخ اختياره لذلك بعموم الاية والخبر
السابق عن الكاظم عليه السلام الدال على الحل وجوابه انهما مطلقان والاخبار الاخرى مقيدة فيجب الجمع بحمل المطلق على المقيد
لكن هذا الجواب لا يتم على القول بجواز تخصيص الكتاب بخبر الواحد وفيه خلاف في الاصول والمعتمد جوازه والقول الثاني
للصدوق في المقنع المنع مطلقا حجته الاخبار المطلقة كما تقدم من الخبر النبوي وروى ابو الصباح الكناني في
الصحيح عن الصادق عليه السلام قال لا يحل ان يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها وفي الصحيح عن ابي عبيدة الحذاء قال
سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على اختها من الرضاعة وروى السكوني عن علي
عليه السلام اتي برجل تزوج امرأة على خالتها فجلده وفرق بينهما واجيب بانها مطلقة وتلك مقيدة فيجب الجمع بحمل المطلق
على المقيد وحينئذ على هذا يجوز ان يكون لا دخال الصغيرة بغير اذن الكبيرة كما هو الغالب اذا انفردت بذلك فيقول اذا دخل العمة
والخالة على بنت الاخ والاخت صح وان لم ترض المدخول عليها وفيه علم ذلك ولكن يشترط علم الداخلة بكون المدخول عليها زوجة
والا فلا يصح الحكم المطلق بالجواز وهو محمول على رضا الداخلة ثم على تقدير جهلها بالحال هل يقع العقد باطلا ام يتوقف عقد
الداخلة على رضاها ام عقدها وعقد المدخول عليها او جهها اوجهها الوسط لانه لا يجوز عقد الداخلة شرط رضاها فلا وجه
لابطاله ولا بد من عقد السابقة بدون شرط فحكم بحقيته ولو فسخت العقد الثاني استقر والحق ان الداخلة فيتخير في
عقد نفسها بين فسخه والرضا بمصاحبة الداخل عليها وكون رضاها شرطا في صحة جواز الجمع لا بد له الى الزيادة في ذلك
العقود لا يقصر عن عقد الفضولي وستأتي تحقيقه واعلم ان قوله بنت اخت الزوجة يقتضي كون الحكم مختصا بالجمع بينهما
بالعقد فلا يحرم الجمع في الوطي بملك اليمين ولكن الاخبار السابقة تدل عليه حيث عبر بالتزويج وفي بعضها التعبير بالنكاح
وهو محمول على العقد لما تقدم من انه حقيقة فيه وعلى تقدير الاشتراك فقرينة العقد ظاهرة لان المملوكة ليست اهلا
للاذن ولا للسلطنة على النكاح وهذا هو الاقوى وفي حكمه ما لو كانت العمة والخالة امتين وادخل عليهما بنت الاخ او الاخت
حرتين بل هنا اولى بالجواز ولو انعكس الغرض بان كانت الكبيرة حرة وادخل عليها الصغيرة بالملك ففي التحريم نظر بل
ما سبق اولى بالمنع هنا لان توقف ادخال الحرة بالعقد على السابقة يقتضي توقفها لو كانت امة بطريق اولى لما فيه من
زيادة امتهان الكبيرة بالامة وعدمه ويمكن منع الاولوية من حيث عدم استحقاق الامة للاستئذان والتوقف بحال ولا فرق
في العمة والخالة بين الدنيا والعليا وجهان من الحاقهما بهما فيدخل في العموم ومن الشك في كونه بطريق الحقيقة والحصر
الذي لا ريب ان الاحتياط بالعموم انسب لاشتراكهما في العلة الموجبة للحكم قوله ولو تزوج بنت الاخ او بنت الاخت
على العمة او الخالة من غير اذنها كان العقد باطلا وقيل كان للعمة والخالة الخيار في اجازة العقد وفسخه او فسخ عقدها
بغير طلاق والاعتزال والاول اصح اذا تزوج العمة او الخالة ثم عقد على بنت الاخ او الاخت فان كان باذن الاوليين
فلا بحث وان كان بغير اذنهما ففيه اقوال احدها بطلان عقد الداخلة من غير ان يتزلزل عقد الاولى وهذا هو الذي اختاره المص

ثم ان

بابقاء عقدها على حالة اللزوم فلا انعقاده لانه ما ينفسخ لا يقع بعد ما يجب بالتحريم وانما النهي عنه هو الباطل ويكون الحجة
منه والبطلان عقد الداخلة وللنهي عنه في الاخبار السابقة المقتضي للفساد المصرح به في رواية علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام
حيث قال فمن فعل فنكاحه باطل ولان رضا العمة والخالة شرط في صحة العقد لان قوله لا تزوج ابنة الاخت على خالتها الا
باذنها يقتضي النهي عنه الا مع مصاحبة الاذن او الرضا فرتبه حصوله وقت التزويج وفيه نظر لان النهي لا يدل على
في المعاملات كما حقق في الاصول والخبر المصرح بالبطلان فيه اذ لا يصح سنده لان في طريقه سنان محمد وحاله مجهول
ودعوى مصاحبة عدم مسلمة ومع تسليمه يمكن حمله على البطلان مع كراهتهما لذلك جمعا بين الادلة ومنع شرطية الرضا في صحة العقد
والاخبار لا يدل عليه لما عرفت من ان النهي لا يدل على الفساد ولا دلالة على اعتبار مصاحبة للاذن في وقوعه لان ما يجري
مجرى عدم الاستثناء قبل النهي في المعاملات وان لم يدل على الفساد بنفسه لكنه ان دل على عدم صلاحية المعقود عليها للنكاح
فهو دال على الفساد من هذه الجهة كالنهي عن نكاح الاخت والعمة والخالة وكما في النهي عن بيع الغرر والنهي في محل النزاع من هذا
القبيل قلنا لا نسلم دلالته هنا على عدم صلاحية المعقود عليها للنكاح فانها عند الخصم صالحة له ولهذا اصلحت مع الاذن بخلاف
الاخت وبيع الغرر فانه لا يصلح اصلا وصلاحية الاخت على بعض الوجوه كما فارق الاخت لا يقدح لانه لا يباح لبيت اخت الزوجة
بخلاف بنت الاخت ونحوها فانها صالحة للزوجية مع كونها بنت اخت للزوجية والاخبار دلت على النهي عن تزويجها وقد عرفت
انه لا يدل على الفساد اضافة النهي عن التزويج من قبيل المحرم العارض كما البيع وقت النداء لا للذات والعارض هو عدم رضا الكبيرة
فاذا حصل الرضا زال النهي الثاني تزلزل العقد بين السابق والطارئ وهذا هو الذي حكاه المص قولا واختاره عليه وهو مذهب
الشيخين واتباعهما في وقوع العقد بين صحيحين اما الاول فظاهر واما الثاني فلانه صدر من اهله في محله جامعا للشرائط فلا بد من
تجدد البطلان بفسخ العمة والخالة وصحة الاصلية كغيره من العقود الموقوفة على رضا الغير واذا وقع صحيحا كانت نسبة العقدين
الى العمة والخالة على السواء ولما كان الجمع موقوفا على رضاهما تخيرا في رفع الجمع بما شاء من فسخ عقدها وعقد الداخلة وفيه نظر
لان العقد الاول لازم بالاصل والاصل يقتضي بقاء حكم اللزوم الى ان يثبت المزيل وما ذكر لا يصلح لان رفع الجمع يحصل بفسخ العقد
الطارئ وهو متعلق الرضا ورفع الجمع وان كان يحصل بفسخ احد العقدين الا ان فسخ السابق قد منع منه مانع شرعي وهو لزومه
فيتسلط على رفع الثاني خاصة الثالث تزلزل العقد الطارئ خاصة بحيث يقع موقوفا على رضا العمة والخالة مع كون عقدها
لازما اختاره جماعة من المتأخرين ونقلوه من المص والموجه في كتاب مختصره احتياطا لقول الاول لخصته الا انه يريد البطلان
وتوقفه على الاجازة واراده ذلك غير معلوم من اطلاق اللفظ والدليل السابق على البطلان بناصفه ومن مرجح اعادة وجه يكون مع
مخالفته باقي مالزم عقدهما فقد علم وما يتزلزل الطارئ من غير ان يكون باطلا فلعموم الامر اوفوا بالعقود فان المتنازع فيه
عقد من اهله مع معتبر رضاه مندرج في هذا العموم فيجب الحكم بصحته قبل الرضا لا يكون فاسدا والالزم ان يقع لتبع صحيحا ولا نعني
بالموقوف الا ذلك ولانه عقد صدر بدون رضا من يعتبر رضاه في صحته فكان كالفضولي وقد تقدم صحة الفضولي في النكاح
وهنا اولى لان المدخول عليها ليست له ولاية مباشرة العقد بل الرضا به بخلاف الزوجة في عقد الفضولي فان بيدها مباشرته والرضا
به فاذا صح ففي الاقوى لم يشك في الاضعف بطريق اولى والنهي السابق في الاخبار قد عرفت انه لا يدل على الفساد على المنع منه بدون
الاذن من هو من السابق ولا حق وعلى تقدير ارادة السابق لا يلزم الفساد وهذا هو الاقوى الرابع بطلان العقد الثاني من اصله
ثم لزل عقد المدخول عليها وظهار بشرع عقد نفسها وهو قول ابن ادريس واحتج على البطلان بالنهي السابق الدال على الفساد واما

تزلزل

٢٨٦

تزلزل العقد المدخول عليها فلم يعترض له ليدله بل جزم بحكمه وكان الاصل في ذلك نقله عن الشيخ تزلزل العقدين وهو موجه بما ذكر فانه
بالنسبة الى الطارئ الثاني وابقاء الاول على حاله فامضاها للفتوى لانه اذا وقع العقد الطارئ فاسدا لم يكن للمدخول عليها فسخ
عقد نفسها اوجه لان المقتضي لفسخ الجمع ومع وقوع العقد فاسدا لا جمع قوله ولا الزنا فان كان طاريا لم ينشر الحرمة كمن تزوج
بامرأة ثم زنى بها بامها الى قوله وان كان الزنا سابقا على العقد فالمشهور تحريم بنت العمة والخالة اذا زنى بامهما اما الزنا بغيرهما
هل ينشر حرمة المصاهرة كالوطي الصحيح فيه روايتان اتفق الاصحاب على ان الزنا اللاحق للعقد الصحيح لا ينشر حرمة المصاهرة
سواء في ذلك الزنا بالعمة والخالة وغيرهما للاصل الذي يقتضي الحكم للاصل لا للعقد وقوله لا يحرم الحرام الحلال ولرواية زرارة
عن ابي جعفر عليه السلام ومحمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام وغيرهما انه ما حرم حرام حلالا قط واما لا يحرم الحلال الحرام واختلفوا فيما
تقدم الزنا على العقد هل ينشر حرمة المصاهرة كالصحيح بمعنى تحريم ملحوقة الصحيح من الام والبنت وعلى الاب والابن وغيره ذلك
فالاكثر ومنهم الشيخ واتباعه واكثر المتأخرين للاخبار الصحيحة الكثيرة الدالة عليه كصحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام انه سئل
عن الرجل يفجر بالمرأة ايتزوج ابنتها قال لا ولكن ان كانت عنده امرأة ثم فجر بامها او اختها لم تحرم عليه التي عنده وصحيحة منصور
بن حازم عن الصادق عليه السلام في رجل كان بينه وبين امرأة فجور هل يتزوج ابنتها قال ان كان قبلة او شبهها فليتزوج ابنتها
وان كان جماعا فلا يتزوج ابنتها وليتزوجها هي وفي معناها صحيحة العيص عنه والارث الزاني بها ونحوها من الرضاعة يحرم
بذلك في بعض الكتب لى عبد الملك الاول صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما في رجل فجر بامرأة يتزوج امها من الرضاعة وابنتها قال لا ويحرم على
الثانية ان الفساد اولى في التحريم من ثم قال ما حرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقال الرضاع لحمة كلحمة النسب واذا ثبت الحكم في الفرع ثبت
في الاصل واستدل بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم وحرمت عليكم امهاتكم ونسائكم وبناتكم وهو شامل للعرف فيها فان الاضافة تكفي فيها ادنى ملابسة ككوكب الخرقاء
والله وهو بعيد وذهب المفيد والمرتضى وتبعهما ابن ادريس الى عدم التحريم لعموم قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وقول النبي وقد سئل
عن الرجل يزني بالمرأة ثم يريد ان يتزوج ابنتها لا يحرم الحرام الحلال وانما يحرم ما كان بنكاح وروى هشام بن المثنى قال كنت عند
ابي عبد الله عليه السلام جالسا فدخل عليه رجل فسأله عن الرجل يأتي المرأة حراما ايتزوجها قال نعم وامها وبنتها ونحو رواية حنان
بالسند وفي جوابها نعم ان الحرام لا يفسد الحلال ورواية حنان بن سدير قال كنت عند ابي عبد الله عليه السلام اذ سأله سعيد عن
رجل تزوج امرأة سفاحا اتحل له ابنتها قال نعم ان الحرام لا يحرم الحلال وعلى الفعل واجيب بان عموم الآيات مخصوص باخبار التحريم وبان
اوضح سندها دلالة الاولى عامة وهشام مجهول الحال وسدير واقفي مع امكان حملها على ما دون الجماع لا يبلغ حد الوطي جمعا والاخبار
اعم من الجماع وحمل البنت في الرواية الاخيرة لا يناسبه لكونها ذوجة قبل الفعل وهي مقول ابو جعفر وبالجملة فالادلة الاولى اصح
اسنادا واعلم ان من حكم بعدم التحريم بالزنا استثنى منه العمة والخالة فانه يحرم ابنتهما على تقدير سبقه صرح بذلك المفيد و
المرتضى القائلان بعدم التحريم بالزنا بغيرها ووجه استثنائهما رواية ابي ايوب عن ابي عبد الله عليه السلام قال سأله محمد بن مسلم
وانا جالس عن رجل نال من خالته وهو شاب ثم ارتدع ايتزوج ابنتها قال لا قال انه لم يكن افضى اليها انما كان شيء دون ذلك
قال كذب والرواية وردت في الخالة ولكنهم الحقوا العمة بها وما وقفت على وجهه والمرتضى الذي لا يعمل بخبر الواحد الصحيح اسند
مثل هذا الحكم الى الاجماع الذي ظنه ومانع ابن ادريس في الحكم وفي الاجماع معا لكنه لم يجسر على المخالفة بل قال ان كان
في المسألة اجماع فهو الدليل على التحريم والا فلا دليل عليه والمص ردد في القول بهما الى الشهرة ونظرا الى ضعف سنده لان
الرواية ضعيفة السند وفيه المتن فان السائل لم يصرح بوقوع الوطي حلالا وصرح بعدمه ثانيا وكذب الامام عليه السلام في ذلك وهذا

عند ابي حامد وهو قرينة الفساد مع ذلك فهي مخصوصة بالخالة فالحاق العمة بها قياس والاجماع غير متحقق بل لك ان يكون
مجتهد لعدم العلم بالمخالف بل مع العلم بخلاف الاكثر وهو منتف في هذا واشباهه قطعا والعلامة توقف في حكمها في التحرير نظرا
الى التبادر الاولى الى الرجوع في حكمها الى الادلة السابقة المتناولة لهما فان حكمنا بالتحريم في مطلق الزنا السابق فالحكم فيهما اولى
وان قلنا بعدم التحريم فالحكم فيهما كذلك حيث لا دليل صالحا على استثنائهما والعجب ان العلامة في التحرير حكم بالتحريم في مطلق الزنا
ثم توقف فيه بالنسبة الى العمة والخالة وكانه اراد به من حيث دليلهما الخاص لا من حيث العام فانهما داخلتان فيه بطريق اولى
وعلى هذا ينبسط التفريع بكون الحكم هل يتعدى اليهما او الى علتهما او الى ابنتيهما او ان سفلتا ام لا واليهما من الرضاع وغيره الى غير ذلك من
التفريعات **قوله** واما الوطء بالشبهة فالذي خرجه الشيخ انه ينزل منزلة النكاح الصحيح وفيه تردد اظهره انه لا ينشر قد تقدم
ان المراد بوطء الشبهة ما ليس بمستحق منه مع عدم العلم بتحريمه كالوطء في نكاح فاسد او شراء كذلك فاسد لم يعلم فساده او لامرأة ظنها زوجته
او امته او امة مشتركة بينه وبين غيره ظن اباحتها له بذلك وقد اختلف في نشر الحرمة بها فالمشهور الحاقها بالصحيح وذلك
ونسبه المصنف الى تخريج الشيخ ووجه التحريم مساواته للصحيح في لحوق النسب وثبوت المهر والعدة وسقوط الحد وهي معلولة للوطء
الصحيح كان الحرمة معلولة الاخرى وثبوت احد المعلولين يستلزم ثبوت الاخر والمصنف منع من ذلك لعدم النص واصالة بقاء الحل
وضعف هذا التخريج ظاهر لانه لا يلزم من ثبوت حكم لدليل ثبوت اخر بغير دليل [illegible] الحرمة منفية عن وطء الشبهة بالاجماع مع انها من جملة
معلولات الوطء الصحيح وقد يستدل ابن ادريس الى ان المساواة الاقوى نشر الحرمة به مع [illegible] في الزنا فالوطء الصحيح مع [illegible] يكون في
الشبهة اولى لانه وطء محترم شرعا فيكون الحاقه بالوطء الصحيح في ثبوت حرمة المصاهرة اولى من الزنا كما يثبت له احكام الصحيح
ولا يقدح تخلف الحرمة لانها ملحقة بالنسب [illegible] بالشرط بخلاف حرمة الوطء والموطوءة بالشبهة كالمباح النظر اليها للواطئ
فلا قاربها اولى واما الاشتراك لا [illegible] بالاجماع ولا يخرج من مجاز [illegible] هو قول المعظم **قوله** واما النظر واللمس فيما يسوغ لغير
المالك كنظر الوجه ولمس الكف لا ينشر الحرمة وما لا يسوغ لغير المالك كنظر الفرج والقبلة ولمس باطن الجسد بشهوة فيه
تردد اظهره انه يثمر كراهية ومن نشر به الحرمة قصر التحريم على اب اللامس والناظر وابنه خاصة دون ام الملموسة والمنظورة و
[illegible] هنا حقيقة ومطلق اللمس فان الخلاف المشهور والروايات المختلفة انما وردت في الامة او اصل
[illegible] بها ما قابل النكاح بعقد او ملك ليشمل الزوجة [illegible] فقيل يتعدى الحكم اليها [illegible]
[illegible] ولمسها او نظر منها الى المحرم على غيره النظر اليه كنظر ما عدا الوجه والكفين [illegible]
على ابنه وابيه [illegible] التحريم [illegible] وهو [illegible] المصنف [illegible] وكره
[illegible] ما وراء ذلكم وما ملكت ايمانكم [illegible] عن الكاظم عليه السلام في الرجل يقبل الجارية ويباشرها
[illegible] لا تحل لابنه [illegible] وثانيها التحريم عليهما [illegible] الشيخ واتباعه [illegible] في الخ ومال [illegible]
[illegible] في عموم [illegible] لم ينظر اليها [illegible] المذكور [illegible]
[illegible] عن ابي الحسن عليه السلام [illegible] الرجل يكون له الجارية فيقبلها [illegible] بشهوة
[illegible] النظر اليها بشهوة حرمت على ابيه وابنه [illegible] عن [illegible] عليه السلام [illegible]
[illegible] منظورة الاب وملموسة على ابنه دون العكس [illegible] عليه السلام [illegible]
[illegible] عليها فلا تحل لابنه والقول الوسط هو الاوسط [illegible] على الابن [illegible] على [illegible]

استفادة

استفادة تحريمها على الاب من الخبرين السابقين فلا منافاة بين اخبار التحريم في هذا الباب استفادة حكم الابن من الثلثة
استفادة حكم الاب من الخبرين فسقط القول الاخير وبقي الكلام في الاولين فان الاخبار فيهما متعارضة ظاهرا ويمكن ترجيح
اخبار التحريم بوجوه الاول انها اوضح سندا فان فيها صحيحة وما دل على الحل من الموثق والصحيح مقدم عليه عند التعارض و
الثاني انها مقيدة بكونها بشهوة وتلك مطلقة فيحمل عليه [illegible] منافاة [illegible]
مع لكنه يحمل على كونه بشهوة لوجوب حمل المطلق على المقيد الثالث انه على تقدير تسليم التعارض [illegible] على الاباحة [illegible]
الحظر والثاني مقدم على الاول لان التعارض [illegible] وهو اولى من [illegible] المنع وحيث [illegible] التحريم [illegible]
لعموم الاية كما خصصت الاية بغيرها من المحرمات التي لم تذكر في الاية ومخرجة عن حكم الاصل [illegible]
الاستدلال على التحريم بعموم اية [illegible] المراد ما الحليلة الزوجة [illegible] الاية ونسخ [illegible]
[illegible] من الحلائل المقابل للحرام [illegible] العقد [illegible]
الحلول لانها تحل [illegible] على جميع التقادير فهي [illegible] للامة وقد استدل على تحريم موطوءة الاب بالملك لقوله تعالى
ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم [illegible] ما [illegible] النكاح [illegible] بشهوة [illegible] العقد المجرد [illegible] الزوجة على الاب
حيث كان المقصود الاغلب من التزويج ارادة الوطء [illegible] الامة اعم من قصد الوطء [illegible] الشراء واذا فعل
[illegible] كان ذلك اقوى [illegible] العقد المجرد فانه لا يقتضي ارادة الوطء كالشراء [illegible] الامة [illegible]
[illegible] على [illegible] الوطء [illegible] على [illegible]
والابن بذلك هل تحرم امهما وان علت وبنتهما وان سفلت على المولى [illegible] التحريم ذهب ابن الجنيد والشيخ [illegible]
باجماع الفرقة واخبارهم والاحتياط مع انه [illegible] النظر الى فرجها [illegible] لا ينظر الرجل الى
فرج امرأة وابنتها [illegible] الاخبار [illegible] محمد بن مسلم [illegible]
قال سألته عن رجل تزوج بامرأة فنظر الى [illegible] ان يتزوج ابنتها قال لا اذا راى منها ما يحرم على غيره فليس له ان يتزوج
ابنتها [illegible] لقوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم [illegible]
[illegible] قال [illegible] رجل [illegible] امراته [illegible] ثم تزوج ابنتها [illegible] فلا باس وان كان افضى
فلا يتزوج [illegible] وحمل الاخبار [illegible] على الكراهة جمعا [illegible]
[illegible] والقائل [illegible] الحكم بهاد [illegible] الاية
[illegible] القائلون [illegible] حرمة المصاهرة [illegible] الاجنبية [illegible]
والبنت وان نزلت [illegible] على القائل بالتحريم وعلى القول به [illegible] والملموسة على الفاعل و
[illegible] امها وابنتها [illegible] ضعيف [illegible] الدليل عليه [illegible]
الشيخ [illegible] الى التحريم [illegible] الام والبنت [illegible] العبارة [illegible] من قوله فما يسوغ لغير المالك
لا [illegible] الحرمة [illegible] والوجه والكفين [illegible]
من قوله سابقا [illegible] النظر الى اهل الذمة [illegible] لم يذكر [illegible] القائلون
بجواز النظر [illegible] فلا [illegible] على اصل التحريم [illegible]

بعض الاصحاب تحريم اللمس [illegible] هذا [illegible] المراد ما يحل لغير المالك [illegible] ويكون [illegible] عبارة المصنف [illegible]
يستفاد من قوله وما لا يسوغ لغير المالك الى قوله ولمس باطن الجسد بشهوة ان النظر الى ما استثني ولمسه لا يفيد [illegible] التحريم مع
الاجماع على ان نظرها بشهوة محرم [illegible] الكلام مع عدم الشهوة [illegible] بغير الشهوة [illegible]
[illegible] كنظر الطبيب ولمس العضو ليعلم حاله [illegible] النظر واللمس [illegible] لغير المالك [illegible]
بعنوان التحريم على [illegible] بشهوة [illegible] بغير شهوة [illegible]
[illegible] ان الحرمة [illegible] التحريم على اب اللامس وابنه دون ام المنظورة والملموسة
وبنتها [illegible] في عدم تحريم امها وبنتها [illegible] لعدم وجود الروايات به وان كان
دون [illegible] على الاب والابن [illegible] الشهيد في شرح الارشاد على [illegible] العبارة [illegible]
يسوغ لغير المالك [illegible]
التحريم بالنسبة الى ابيه وابنه [illegible] الحكم [illegible]
الى وجهها وكفيها [illegible] كونه بشهوة [illegible]
مع [illegible] بشهوة في نشر الحرمة [illegible] المالك [illegible]
بشهوة لغير المالك [illegible] الحرمة [illegible] من المالك [illegible] والروايات [illegible] والنظر الى الجسد
والكلام في اللمس [illegible] المالك على المالك [illegible]
[illegible] النظر واللمس الحرة [illegible] الامة اظهر والروايات [illegible] **قوله** وحكم الرضاع في جميع
ذلك حكم النسب اي جميع المذكور في باب المصاهرة من الحرمة بالنكاح الصحيح وما الحق به من الزنا والشبهة والنظر واللمس فكل من حرم بالنسب
كالاب والابن والام والبنت يحرم عليه لو كان بالرضاع [illegible] الموطوءة بالعقد على الاب من الرضاع [illegible] وان نزل
ويحرم على الواطئ امها من الرضاعة وان علت وبنتها وان سفلت وهكذا العموم قوله [illegible] يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب [illegible] ان هذا
تحريم بالمصاهرة لا بالنسب [illegible] في عموم الخبر [illegible] هذا [illegible] الرضاعة [illegible] والام
منها [illegible] الرضاع [illegible] المصاهرة [illegible] المحرم [illegible] الرضاع
[illegible] المصاهرة [illegible] الرضاع [illegible]
الرضاع [illegible] النسب [illegible] الرضاع [illegible]
[illegible] الرضاعة [illegible]
من المصاهرة [illegible] المصاهرة [illegible] المصاهرة [illegible] الرضاع
[illegible] بالمصاهرة [illegible] **قوله** ولو تزوج اختين
كان العقد للسابقة وبطل عقد الثانية ولو تزوجهما في عقد واحد قيل بطل نكاحهما [illegible] الاول [illegible]
الرواية ضعيف [illegible] بالبطلان [illegible] المتاخرين لان العقد [illegible]
[illegible] على السوية فلا يمكن الحكم بصحته فيهما [illegible] ولا [illegible] معينة لان الحكم [illegible]
[illegible] الحكم بالبطلان

ولان العقد عليهما [illegible] المعقود عليها على الوجه المخصوص النكاح وان كانت [illegible] بعدم هذه الجهة
[illegible] على هذا الوجه [illegible] العقد وان لم يكن مطلق النهي موجبا لبطلان العقود والقول بالتخيير للشيخ [illegible] استنادا الى
مرسلة جميل بن دراج عن احدهما عليهما السلام في رجل تزوج اختين في عقد واحد قال هو بالخيار ان يمسك ايتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى
ولان صحة العقد على احدهما الى العقد على الاخرى [illegible] بطلان العقد كالجمع في العقد بين محللة ومحرمة [illegible] ارسال
الرواية يمنع من العمل بمضمونها مع مخالفته للاصول الممهدة [illegible] طريقها ايضا علي بن السندي وهو مجهول [illegible] على ان
ايتهما شاء بعقد جديد [illegible] الجمع [illegible] في عقد واحد [illegible]
المحللة موجودة [illegible] لا يمكن ترجيح احدهما [illegible]
اوردها الشيخ في [illegible] الكليني [illegible] في الصحيح [illegible]
[illegible] عن ايوب بن نوح [illegible] بن هاشم [illegible] ابي عبد الله [illegible] في رجل
تزوج اختين في عقد واحد قال يمسك ايتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى وقال في رجل تزوج خمسا في عقد واحد يخلي سبيل
ايتهن شاء وعلى هذا [illegible] المسالك [illegible] الكتاب [illegible]
المراجعة **قوله** لو وطئ امته بالملك ثم تزوج اختها قيل يصح وحرمت الموطوءة بالملك [illegible] الثانية [illegible]
[illegible] لعموم واحل لكم ما وراء ذلكم [illegible] الجمع بين الاختين [illegible]
الملك [illegible] الوطء ولان النكاح اقوى من الوطء بملك اليمين [illegible] الاحكام [illegible]
[illegible] بالملك [illegible] الغرض الاصلي من الملك المالية [illegible] النكاح [illegible] الموطوءة بالملك ما دامت الثانية
[illegible] هذا القول [illegible] الوطء [illegible] الولد [illegible] النكاح على [illegible]
الاخت [illegible] النكاح على نكاح اختها [illegible] الاخت [illegible] كالوطء [illegible] بطلان العقد مع
وجود الفارق فان النكاح اقوى من الوطء بملك اليمين ولو انعكس الفرض بان تزوج الامة ثم ملك اختها ووطئها [illegible] ذلك
صحة النكاح ولا يحل اخراج الموطوءة من ملكه للاصل ولان الاقوى يدفع الاضعف **قوله** ولو كان له امتان فوطئهما حرمت الاولى حتى
تخرج الثانية عن ملكه [illegible] الاولى [illegible] مع العلم [illegible] حتى تخرج الثانية لا للعود الى الاولى [illegible]
[illegible] الاولى [illegible] الثانية تحرم على التقديرين دون الاولى [illegible] لا يجوز الجمع بين الاختين في الوطء بملك
اليمين كما لا يجوز الجمع بينهما في النكاح لعموم وان تجمعوا بين الاختين [illegible] الجمع بينهما [illegible]
اليمين [illegible] الوطء [illegible] الجمع بين الصلاتين [illegible] الجمع [illegible]
الوطء [illegible] ذلك حرم الوطء لعدم القائل بالفرق [illegible]
الجمع بينهما بالملك [illegible] الاية لان المراد منها ما ذكرناه من العقد او الوطء [illegible] الاختين [illegible]
على التعاقب [illegible] الشراء اجماعا وله نكاح ايتهما شاء فاذا وطئ احدهما حرم عليه وطء الاخرى حتى تخرج الاولى عن ملكه [illegible]
قبل ذلك فعل حراما [illegible] الملك [illegible] فاعل المحرم [illegible] وطئ الثانية [illegible]
الاولى [illegible] الثانية [illegible] الاول [illegible] المتاخرين [illegible] الشيخ [illegible]
الاولى تبقى على التحريم سواء اخرج الثانية عن ملكه وسواء [illegible] بتحريم وطء الثانية [illegible] حتى اخرج الاولى عن ملكه حلت

الثانية سواء اخرجها لاجل العود الى الثانية ام لا اما الاولى فلان التحريم انما تعلق بوطي الثانية لانه حصل الجمع بين الاختين فيستصحب
والحرام لا يحرم الحلال ولاصالة الاباحة [illegible] وتحريم الثانية واما الثانية فلانه متى اخرج احدهما عن ملكه لم يتحقق جامعا بين الاختين لانتفاء
سبب التحريم [illegible] وهو ان وطي الثانية [illegible] الاولى حتى تموت الثانية فان اخرج الثانية عن ملكه
ليرجع الى الاولى لم يجز الرجوع اليها وان اخرجها عن ملكه لا لذلك جاز له الرجوع الى الاولى وان لم يعلم بتحريم ذلك عليه جاز له الرجوع الى
الاولى على كل حال اذا اخرج الثانية عن ملكه هذا لفظ الشيخ في النهاية واستند في هذا التفصيل الى اخبار كثيرة منها [illegible]
[illegible] الشيخ منها ما ذكره من الاخبار صحيحة ابي الصباح الكناني عن ابي عبد الله عليه السلام قال سالته عن رجل عنده اختان مملوكتان فوطي احداهما
ثم وطي الاخرى قال حرمت عليه الاولى حتى تموت الاخرى قلت ارايت ان باعها فقال ان كان انما يبيعها لحاجة ولا يخطر على باله من الاخرى شيء فلا
ارى بذلك باسا وان كان انما يبيع ليرجع الى الاولى فلا وهذه الرواية وان كانت صحيحة السند لكنها [illegible] لان الحكم فيها بتحريم
الاولى الى ان تموت الاخرى مقطوع [illegible] الراوي والامام [illegible]
والجواب [illegible] الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال سالته عن رجل كانت عنده اختان مملوكتان فوطي احداهما ثم وطي الاخرى فقال
اذا وطي الاخرى فقد حرمت عليه الاولى حتى تموت الاخرى قلت ارايت ان باعها اتحل له الاولى قال ان كان يبيعها لحاجة ولا يخطر على قلبه من الاخرى
شيء فلا ارى بذلك باسا وان كان انما يبيعها ليرجع الى الاولى فلا ولا كرامة [illegible]
ابي بصير [illegible] رواية الحلبي [illegible] قال قلت الرجل يشتري الاختين فيطأ احداهما ثم يطأ الاخرى [illegible]
[illegible]
[illegible]
الروايات كلها واستفاد تحريم الثانية مع العلم [illegible] رواية الحلبي [illegible]
[illegible]

[illegible]

عقد الفضولي وتخيير الحرة في فسخ عقدها أيضا أقوى الوجوه لما اختاره المفيد وهو بطلان عقد الامة وهو مذهب ابن ادريس وجماعة

وقد تقدم الكلام في جواز ادخال الحرة على الامة ... تزوج الحرة على الامة ولا تزوج الامة على الحرة ومن تزوج امة

على حرة فنكاحه باطل وعن حذيفة بن منصور قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امة على حرة ولم يستأذنها قال يفرق بينهما ...

[illegible]

٢٩١

[illegible]

٢٩٢

[illegible]

خطب الرجل امرأة فدخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين فرق بينهما ولم تحل له ابدا وبهذا عبر الشيخ في النهاية والمراد بالتفريق بينهما التحريم عليه
مؤبدا لكنها لا تخرج من الزوجية بذلك على ما افتى به جماعة تمسكا بالاستصحاب وعدم منافاة التحريم لذلك ولرواية بريد
العجلي عن الباقر عليه السلام في رجل افتض جارية يعني امرأته فافضاها قال عليه الدية ان كان دخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين
قال فان امسكها ولم يطلقها فلا شيء عليه ان شاء امسك وان شاء طلق وهذا صريح في بقاء النكاح وقيل تبين منه
بذلك لان التحريم المؤبد ينافي مقتضى النكاح اذ ثمرته حل الاستمتاع ولانه يمنع النكاح سابقا فيقطعه لاحقا كالرضاع واللعان
والقذف للزوجة الصماء والخرساء وهذا هو الاقوى لان الرواية الاولى والطريق فيها مظلم فينبغي التوقف **قوله** اذا استكمل الحر اربعا
بالعقد الدائم حرم عليه ما زاد غبطة ولا يحل له من الاماء اكثر من اثنتين لا خلاف في ذلك بين علماء الاسلام والاصل فيه قوله
تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع والواو للتخيير لا للجمع والا لجاز نكاح ثماني عشرة لان معنى مثنى اثنين
اثنين وثلث ثلاثا ثلاثا ورباع اربعا اربعا وروي ان غيلان بن سلمة اسلم وتحته عشر نسوة فقال له النبي صلى الله عليه وآله امسك اربعا
وفارق سائرهن وروى زرارة في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال لا يجمع الرجل ماءه في خمس والمراد بالغبطة الدوام يقال
اغبطت السماء اذا دام مطرها وكذا لا يحل له بالعقد على الاماء ازيد من اثنتين بمعنى ان من جملة الاربع فيحل له حرتان وامتان ولا يحل
له اربع اماء ولا ثلث مع حرة وبدونها ولا امتان مع ثلث حرائر وهذا مبني على القول بجواز نكاح الامة اختيارا والمانعون يعتبرون
الشرطين فلا يجوز نكاح الثانية وقد تقدم ولا فرق في الامة بين القن والمدبرة والمكاتبة قبل ان يعتق منها شيء واما الولد
لو تبعضت نصيبا كالامة في حق الحر وصارت كالحرة في حق العبد وكذا المبعض يصير كالحر في حق الاماء ولا يجاوز اثنتين وكالعبد
في الحرائر فلا يجاوز حرتين لانه جمع بين الوصفين فراعى [illegible] **قوله** واذا استكمل العبد اربعا من الاماء او
حرتين او اثنتين حرم عليه ما زاد هذا عندنا موضع وفاق وخالف فيه العامة اجمع فذهب بعضهم الى انه لا يجاوز اثنتين مطلقا على الصنف
من الحر وذهب كل اقل منهم الى ان له اربعا مطلقا وحجة الاصحاب رواياتهم الصحيحة عن ائمتهم عليهم السلام بذلك وهي كثيرة **قوله** ولكل منهما ان ينكح بالعقد
المنقطع ما شاء وكذا بملك اليمين اما عدم الحصر في الاماء فهو موضع وفاق من جميع المسلمين ولعموم قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم
وجوازه للعبد بناء على كونه يملك مثل ذلك واما العقد المنقطع فالمشهور بين اصحابنا ذلك وحجتهم كثيرة منها رواية زرارة
ابن اعين في الصحيح قال قلت ما يحل من المتعة قال كم شئت وروى زرارة عن الصادق عليه السلام قال ذكر له المتعة اهي من الاربع فقال تزوج
منهن الفا فانهن مستأجرات وروى ابو بصير عن الصادق عليه السلام اهي من الاربع قال لا ولا من السبعين وعن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام
في المتعة قال ليست من الاربع لانها لا تطلق ولا ترث ولا تورث وانما هي مستأجرة ولكن يكره الزيادة فيهن على الاربع لرواية عمار
عن الصادق عليه السلام في المتعة قال هي احد الاربع ونزلها على الاستحباب جمعا بينها وبين ما سبق وصحيحة احمد بن ابي نصر عن الرضا عليه السلام
قال قال ابو جعفر عليه السلام اجعلوهن من الاربع فقال له صفوان بن يحيى على الاحتياط قال نعم واعلم ان جميع ما في الباب من الاخبار صحيح
السند عدا الخبر الاول [illegible] والثاني في طريقه جهالة والرابع في طريق الثالث ضعف ومن ثم ذهب ابن البراج الى
تحريم الزيادة فيهن على الاربع عملا بعموم الاية وصحيحة احمد بن ابي نصر عن ابي الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يكون عنده المرأة ايحل
له ان يتزوج اختها متعة قال لا قلت حكى زرارة عن ابي جعفر عليه السلام انما هي مثل الاماء يتزوج ما شاء قال لا هي من الاربع وينبغي
الحمل [illegible] وضعف الحكم على [illegible] ولم يصرح بمختاره وعندي لا وضح ودعوى الاجماع في [illegible]
كان هو الحجة **قوله** اذا طلق واحدة من الاربع حرم عليه العقد على غيرها حتى تنقضي عدتها ان كان الطلاق رجعيا او كان بائنا

العقد

٢٩٣ اربعا

له العقد على اخرى في الحال وكذا القول في نكاح اخت الزوجة على الاصح مع البينونة وحمل المنع في الرجعية لانها بحكم الزوجة
ومن ثم ترث نفقتها وجازت رجعتها بمجرد الفعل كالاستمتاع ولم تفارق الزوجة في الحكم فلا يحل الخامسة لما تقدم من النهي
عن جمع مائه في خمس نسوة واما مع البينونة فلخروجها عن عصمة النكاح فصارت كالاجنبية وانما يكره لتحرمها بحرمة النكاح
بواسطة العدة ولرواية زرارة عن الصادق عليه السلام قال اذا جمع الرجل اربعا فطلق احداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة
المرأة التي طلقت وحملت على الرجعي او على الكراهة في معناها غيرها وفي الحمل نظر من حيث عدم المعارض نعم ورد التصريح
في الاخت في روايتين منها حسنة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل طلق امرأته او اختلعت منه او بانت له ان يتزوج اختها
فقال اذا برئ عصمتها فلم يكن له عليها رجعة فله ان يخطب اختها وكذا يكره نكاح الاخت في عدة اختها البائنة لعلة الى النهي
عنه في الرواية المحمولة على الكراهة جمعا ويمكن حمل رواية زرارة السابقة على الاخرى لورود النص في الاختين من عدم الفارق
بينهما **قوله** اذا طلق احدى الاربع بائنا وتزوج اثنتين فان سبقت احداهما كان العقد لها وان اتفقتا بطل العقدان
وروي انه يتخير وفي الرواية ضعف وجه البطلان مع الاقتران النهي عن الزائد وهو مشترك بينهما ولا اولوية لاحداهما على
الاخرى فيكون كل واحد ممنوعا من العقد عليها لهذا الوجه والرواية بالتخيير في صحيحة المسألة اوضحت عليها ولكن روى
جميل بن دراج في الحسن عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج خمسا في عقد قال يخلي سبيل ايتهن شاء ويمسك الاربع ولا فرق بين ورود
الخمس دفعة وبين تزويج اثنتين وعنده ثلث وعمل بمضمون الرواية جماعة منهم الشيخ في النهاية وابن البراج واختاره في المختلف واحتج له مع
الرواية بوجود المقتضي للاباحة وهو العقد وانتفاء المانع اذ ليس الا انضمام العقد على الاخرى وهو لا يقتضي تحريم المباح كالجمع
بين محرمة عينا ومحللة عينا في عقد كالجمع بين المحلل والمحرم في البيع ولا اثر للاطلاق والتعيين اذ في التعيين تحرم
واحدة معينة فيبطل العقد عليها وتحل الاخرى معينة وفي الاطلاق تحل واحدة مطلقة وتحرم اخرى مطلقة وقد عقد عليهما
فيحتاج في العقد اذ لا وجود للكلي الا في جزئياته وفيه نظر لان العقد على المحرم ثابت بدون العقد وعلى المحللة كذلك فلا
بعد الانضمام بخلاف غير المعينة لان كل واحدة صالحة للعقد منفردة وممنوع عنها مع الانضمام ولا اولوية وتعلق العقد
بغير معينة غير كاف في الصحة بل لا بد من تعيينها قبل العقد كالاجنبي على احدى المرأتين اجماعا وبهذا يحصل الفرق بين من حرم
نكاحها عينا ومطلقا وقد تقدم البحث بعينه في الجمع بين الاختين **قوله** اذا استكملت الحرة ثلث طلقات حرمت على المطلق
حتى تنكح زوجا غيره سواء كانت تحت حر او عبد واذا استكملت الامة طلقتين حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره ولو كانت تحت
حر اما اعتبار الطلقات الثلث في التحريم للحرة اذا كانت تحت حر فهو موضع وفاق بين علماء الاسلام والاية نزلت عليه واما
اختصاص الحرة بذلك وان كانت تحت عبد كاختصاص الامة بالاثنتين وان كانت تحت حر فهو مذهب الاصحاب ومستندهم الاخبار
الدالة على ان الاعتبار بحال الزوجة لا بحال الزوج خلافا للعامة حيث جعلوا الاعتبار بالزوج فاذا كان حرا اعتبر الطلاق
ثلثا وان كانت الزوجة امة وان كان عبدا اعتبر في التحريم طلقتان وان كانت تحته حرة ولا فرق في الطلقات المحرمة على هذا الوجه
بين كونها للعدة وغيرها بخلاف المحرمة ابدا كما سيأتي **قوله** واذا استكملت المطلقة تسعا للعدة ينكحها بينها رجلان حرمت على
المطلق ابدا المراد بطلاق العدة ان يطلقها بالشرائط ثم يراجع في العدة ويطأ ثم يطلق الثالثة فينكحها بعد عدة زوج اخر
ثم يفارقها بعد ان يطأها فيتزوجها الاول بعد العدة ويفعل كما فعل اولا الى ان يكمل لها تسعا كذلك يحلل بينها نكاح رجلين
فتحرم في التاسعة مؤبدا ومن هذا يعلم ان الطلاق التسع للعدة مجاز لان الثالثة من كل ثلث ليست للعدة بل للسنة ووجه التجوز

اما باطلاق اسم الاكثر على الاقل او باعتبار المجاورة ونظيره ذلك في الحساب بينا في طلق الاولى للعدة والثانية للسنة ثم
المعينين ينتفيان عن الثالثة ويصدق على الثانية اسم العدة باعتبار الثاني دون الاول وفيما لو كانت الثانية للعدة
والاولى للسنة فعلى الاول يختصها الاسم وعلى الثاني يصدق الاسم على الطرفين بمجاورتهما ومع ذلك ففي اعتبار التحريم بمجمل
هذا اشكال من وجود العلاقة فيما لو اعتبرت في الثالثة اجماعا من ان تعليق الحكم على المعنى المجازي على خلاف الاصل لا سيما
في موضع الاشتباه وهذا هو الاقوى فيجب الاقتصار في التحريم المؤبد على موضع اليقين وهو وقوع التسع على الوجه الاول
ذكال التسع للعدة حقيقة مع التفريق ولا يغتفر الثالثة كما اغتفرت في الاولى لكونها على خلاف الاصل كما ذكرناه فيتحقق
على مورده وهو وقوعها بعد عدتين وعلى هذا ان وقع في كل ثلث واحدة عدية احتسابه وتم في بعض الادوار عدتين احتمل
الحاق الثالثة بهما لما في صورة النص لوجود المطابقة بالمعينين وعدمه لخروج مجموع الواقع من مورده والتوقف في الحكم
بالتحريم مطلقا فيما خرج عن مورد النص والاجماع مجال هذا كله في الحرة اما الامة فيحتمل تحريمها بالست لتنزلها منزلة التسع للحرة
ولان نكاح الرجلين يتحقق فيها كالتسع للحرة وبالتسع كالحرة لانها اذا طلقت تسعا ينكحها بعد كل طلقتين رجل يحل فانه نكحها بين
التسع رجلان فيحتمل الشرطان المعتبران في التحريم المؤبد وهما التسع ونكاح الرجلين بخلاف الست لتخلف الاول ويحتمل عدم تحريمها
مؤبدا مطلقا لان نكاح التسع كونه مورده الحرة فيتمسك في الامة باصالة بقاء الحل ولان شرط التحريم المؤبد وقوع التسع للعدة ينكحها
بينها رجلان وذلك منتف في الامة على احتمال التوقف التسع على نكاح اربعة رجال وهو مغاير لما اعتبر والرجلين خاصة وبالجملة
فالحكم بالتحريم المؤبد بمثل هذه المناسبات مشكل وورود في كيفية مخصوصة لا يجب تعديته الى غيرها والاولى ان يكون بالنسبة الى الامة
من كون طلقتين متواليين للعدة وثالثة بعدهما محرمة وهكذا الثلث مرات يوجب حكما لا يحصل بدونها ومع ذلك يحتمل الاشكال في
اخرى وهو ان الحكم بالتحريم مع تمام العدة يجب [illegible] في الحرة والامة لانه لا يتم في الحرة بالخامسة والعشرين ان كانت
العدة هي احد العدد [illegible] في حكم التحريم المترتب على الطلاق **قوله** اللعان وهو سبب لتحريم
الملاعنة تحريما مؤبدا هذا الحكم موضع نص ووفاق وسيأتي تفصيله في بابه **قوله** وكذا لو قذف زوجته الصماء او الخرساء بما
يوجب اللعان لو لم يكن كذلك بان يرميها بالزنا مع دعوى المشاهدة وعدم البينة والمستند رواية ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام انه
سئل عن رجل قذف امرأته بالزنا وهي خرساء صماء لا تسمع ما قال فقال ان كان لها بينة تشهد لها عند الامام جلد الحد وفرق
بينهما ثم لا تحل له ابدا وان كان لها بينة فهي حرام عليه ما قام معها ولا اثم عليها منه وهذه الرواية تدل على اعتبار الامرين في التحريم
وبه [illegible] الاخرى وهو جيد في هذه الرواية [illegible] بلفظ او في النسخة التي عندنا وفي الطريق فيها
كما ذكرناه [illegible] الاكتفاء [illegible] تعلق الحكم بالخرساء وحدها في روايتين ايضا احداهما حسنة الطريق وبغير اشكال حكم
الصماء خاصة وهي مبني على اعتبار الاخرى ولم يذكر الخرساء وحدها ولا فرق بين كونها مدخولا بها وعدمه عملا باطلاق النص
قبل الدخول [illegible] للاستصحاب الموجب بالعقد وتخصيصا على خلاف الاصل فيقتصر على مورده ولو لم يدع المشاهدة او اقام عليها البينة
بالفعل لم تحرم [illegible] الاول دون الثاني ولا يسقط الحد عنه بالقذف مع الحكم بتحريمها عليه لعدم المنافاة وان سقط باللعان من
حيث اقامته مقام الشهود المسقطة للحد [illegible] والرواية [illegible] مع التحريم [illegible] عليه بذلك [illegible]
يرافعه الى الحاكم او لم يسمع احد [illegible] ولو [illegible]
السادة في الحكم [illegible] خلاف الاصل على مورده وفي رواية مرسلة عن الصادق عليه السلام في امرأة قذفت زوجها وهو اصم قال يفرق بينهما

٢٩٤

وبينه ولا تحل له ابدا وضعفها يمنع الحكم بها في مثل ذلك وان حكم بمضمونها المصنف قدس سره **قوله** لا يجوز للمسلم نكاح غير الكتابية اجماعا وفي
تحريم الكتابية من اليهود والنصارى روايتان اشهرهما المنع في النكاح الدائم والجواز في المؤجل وملك اليمين وكذا حكم المجوس على اشبه
الروايتين اختلف الاصحاب في جواز نكاح الكتابيات مطلقا او بالتفصيل على اقوال كثيرة منشأها اختلاف ظاهر الايات والروايات في
واختلاف النظر في طريق الجمع بينها فمن منع منه مطلقا كالمرتضى استدل بقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن والنهي للتحريم قال
والنكاح حقيقة في الوطء فقط وان كان حقيقة في العقد او مشتركا فغايته تحريم العقد لاجل الوطء فيكون الوطء محرما ايضا ووجه
تناولها اليهود والنصارى قول النصارى بالاقانيم الثلثة وقول اليهود عزير ابن الله وقوله اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا الى قوله
سبحانه وتعالى عما يشركون والى قوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر والزوجية عصمة فيدخل تحت النهي ومن الروايات في ذلك قول
الباقر عليه السلام في رواية زرارة لا ينبغي نكاح اهل الكتاب قلت جعلت فداك واين تحريمه قال قوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر ومن جوز
نكاحهن مطلقا استدل بقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم [illegible] بدليل ثبوت ذلك في المعطوف عليه
ومن الروايات في ذلك رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال سألته عن نكاح اليهودية والنصرانية قال لا بأس به اما علمت انه كان
طلحة بن عبيد الله يهودية على عهد النبي صلى الله عليه وآله ورواية معاوية بن وهب عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل المؤمن يتزوج باليهودية والنصرانية
فقال اذا اصاب المسلمة فما يصنع باليهودية والنصرانية فقلت له يكون فيها الهوى فقال ان فعل فليمنعها من شرب الخمر واكل لحم الخنزير واعلم
ان عليه في دينه غضاضة وهذه الرواية اوضح ما في الباب سندا لان في طريقها [illegible] الكراهة الذي في المذكور
فيمكن حمل النهي الوارد عنه على الكراهة جمعا والاولون اجابوا عن الاية المجوزة بانها منسوخة بالاية السابقة وقد روى الشيخ عن
زرارة في الحسن عن الباقر عليه السلام قال سألته عن قول الله عز وجل والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فقال هي منسوخة بقوله
ولا تمسكوا بعصم الكوافر ومن الرواية يحملها على ما اذا كانت المسلمة تحته او على التقية والمجوزون منعوا من النسخ لعدم ثبوته
وعدم المنافاة بين الايتين لان الاولى دلت على النهي عن نكاح المشركات بطريق العموم والثانية دلت على اباحة الكتابيات خاصة والجمع
بين الخاص والعام متعين بتخصيص العام وبقاء حكمه فيما عدا الخاص فلا وجه للنسخ والاية الثانية في التمسك بعصم الكوافر فليست صريحة
في النكاح ولا ظاهرة فيه وعلى تقدير تسليمه فاثبات النسخ بمثل هذه الرواية مشكل خصوصا مع ضعف سندها ثم من الجائز حمل النهي على الكراهة فانه جامع
بين الادلة مضافا الى التخصيص عموم المشركات ما عدا الكتابيات فيجتمع الادلة كلها على جواز نكاحهن على كراهية والمنع عن
عداهن من المشركات [illegible] واكثر المتأخرين جمعوا بين الادلة بحمل المنع على الدائم والاباحة على المؤجل وملك اليمين لقوله تعالى
في الاية المجوزة اذا اتيتموهن اجورهن فان مهر المتعة قد اطلق عليه الاجر في ايتها ولانها الاخبار الى ان نكاح الكافرة لا يكون الا
بعقد الضرورة ولتصريح بعض الاخبار بذلك وفيه نظر لان الاجر يطلق ايضا على مطلق المهر وقد ورد في القرآن ايضا [illegible]
[illegible] بالجواز اختيارا وتصريح بعض الاخبار بجواز نكاحهن بالمتعة لا ينفي جواز غيره بل وقد نهوا في الخلاف [illegible]
[illegible] والمنع منه [illegible] بقي الكلام في المجوسية فان الظاهر دخولها في اهل الكتاب لقول النبي صلى الله عليه وآله سنوا بهم سنة اهل
الكتاب فان [illegible] انهم ليسوا منهم ولذلك قيل انهم من لهم شبهة كتاب وقد روي انهم حرفوا كتابهم فرفع من بين اظهرهم
وايضا لا يلزم ان يسنوا بهم سنتهم في جميع الاحكام وظاهر الرواية كونه في الجزية ويؤيده انهم ردوا فيها ايضا غيرها كما في نسائهم ولا
اكل ذبائحهم فضعف الاحتجاج بمثلها [illegible] والرواية عامية وما رواه الاصحاب فيه مختلف في ذلك فروى محمد بن سنان
عن الرضا عليه السلام والتحية والثناء قال سألته عن نكاح اليهودية والنصرانية فقال لا بأس فقلت فالمجوسية فقال لا بأس به يعني

متعة ولفظه يعني متعة من كلام الراوي وهو عرف بقصد الامام هو لا انه السائل ويكون عوده الى المجوسية خاصة والى الجميع ومع ذلك
فالرواية ضعيفة السند بمحمد بن سنان وفي رواية اخرى عن ابن سنان عن منصور الصيقل عن ابي عبد الله عليه السلام قال لا باس بالرجل ان يتمتع
بالمجوسية وروى حماد بن عيسى عن بعض اصحابنا مثله ومنصور مجهول والاخرى مرسلة وروى محمد بن سنان ايضا عن اسمعيل بن
سعد الاشعري قال سألته عن التمتع باليهودية والنصرانية قال لا ارى بذلك باسا قلت فالمجوسية قال اما المجوسية فلا
والى هاتين الروايتين اشار المصنف بقوله وكذا حكم المجوسية على اشبه الروايتين وانما كانت رواية الجواز اشبه لان الثانية موقوفة
زيادة على ضعف السند ورواية الجواز متعددة ويدل على اباحتها بملك اليمين عموم قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم وصحيحة محمد بن
مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال سألته عن الرجل المسلم يتزوج المجوسية فقال لا ولكن ان كانت له امة مجوسية فلا باس ان يطأها و
[illegible]

[illegible]

الأخبار بالصحة لفساد [illegible] استشكل الحكم فيها من حيث انها اضعف [illegible] والاحتمال فيها [illegible]

بوجدان في الاجنبية وفي الاولى [illegible] ولا اشكال مع [illegible] قوله اذا تزوج امرأة وبنتها ثم اسلم بعد الدخول بهما [illegible]

[illegible]

[illegible]

الزوج بثبوته والوجوبية الحرمة لو اسلم على ذمية وتراضيا النساء وهذا هو الحري ومثله لو ارتد غير الذمي او المسلم بعد الدخول وهي المسألة
السابقة ولو وقع ضمنها البعض دون البعض سقط بقدر الفسوق وحيث ثبت الباقي من مهر المثل والقيمة على القول السابقين بان ينسب
ما بقي من المهر الى المجموع ويخرج من مهر المثل او القيمة بتلك النسبة قوله اذا ارتد المسلم بعد الدخول حرم عليه وطي زوجته المسلمة
ووقف نكاحها الى انقضاء العدة فلو وطئها للشبهة وبقي على كفره الى انقضاء العدة قال الشيخ عليه المهر الاصل بالعقد ولو الوطي
بالشبهة وهو يشكل بانها في حكم الزوجة اذا لم يكن عن فطرة ٥ اذا ارتد المسلم حرم عليه وطي زوجته سواء كان ارتداده قبل الدخول
ام بعده لانه يمنع التناكح بينه وبين المسلمة وانما يفترق بعدية الدخول المترتب عليه الحكم الذي بعده ثم ان كان ارتداده عن فطرة بانت منه
مطلقا ولو وطئها للشبهة عليها فعليه مهر المثل للشبهة وهذا لا اشكال فيه وان كان ارتداده عن ملة وكان بعد الدخول وقف نكاحها على
العدة فان رجع الى الاسلام فيها استمر على نكاحه الاول وان بقي على ارتداده تبين انفساخ النكاح من حين الردة ويتفرع على ذلك
ما لو وطئها بشبهة على المرأة فان رجع في العدة فلا شيء عليه لان اسلامه كشف عن كونها زوجته حال النكاح وهذا الوطي على
العقد الاول وان بقي على كفره الى انقضاء العدة قال الشيخ عليه مهران الاول الثابت بالعقد والدخول والثاني مهر المثل للوطي بالشبهة
لان عدم عوده الى الاسلام كشف عن بطلان النكاح بالردة فكانت كالاجنبية وقيل لا يلزمه لهذا الوطي شيء لانها في حكم الزوجة
وان حرم عليه وطؤها ولهذا لو رجع لم يفتقر الى عقد جديد بل بني على الاول فدل على بقاء حكمه وان حصل التحريم فغايته ان يكون الردة
كالطلاق الرجعي وهو لا يوجب البينونة ولعل هذا اقوى وعلى التقديرين لا حد عليه بهذا الوطي وان كان ممنوعا منه لانها لم تخرج عن
حكم الزوجية مطلقا كما تجب العدة بهذا الوطي وهما عدتان من شخص واحد فهو بمثابة ما لو طلق امرأته ثم وطئها في العدة وحكمها
في الاسلام هنا بمثابة الرجعة هناك قوله اذا اسلم وعنده اربع وثنيات مدخول بهن لم يكن له العقد على اخرى ولا على اخت احدى
زوجاته حتى تنقضي العدة مع بقائهن على الكفر ٥ انما لم يكن له العقد على اخرى ولا على اخت احداهن لانهن لم يخرجن عن الزوجية مطلقا
حالة كونهن في العدة فيعدن الى الزوجية بالنكاح السابق فكان ذلك كالعدة الرجعية التي يمتنع فيها نكاح الخامسة والاخت المطلقة
ويحتمل ان يتوقف نكاح الخامسة والاخت كما لو وقع نكاح المؤلفة على الاسلام فان اسلمت تبين بطلان نكاح الجديدة وان اصررن حتى انقضت
العدة تبين صحته قوله ولو اسلم الوثني ثم تزوج اخت زوجته قبل اسلامها وانقضت العدة وهي على كفرها صح عقد الثانية ولو
اسلمتا قبل انقضاء عدة الاولى تخير كما لو تزوجهما وهي كافرة ٥ اذا اسلم الزوج المدخول بها او الاصل تزوج اختها فلا يخلو اما ان يسلم
ذلك او لا وعلى تقدير اسلامه فاما ان يسلم في عدة الاولى او بعدها وعلى تقدير اسلامها فيها فاما ان يسلم معها الاخت الاخرى او لا فتم لنا
ان يكون [illegible] اقسام المسألة وجملة القول في حكمها انه ان لم يسلم في عدة الاولى بطل نكاحها واستقر نكاح الثانية وان
اسلم في عدة وان اسلمت معه الاخت مقارنة لاسلامه عند دخولها [illegible] عدة الاولى ان كانت مدخولا بها تخير ايتهما شاء لانهما
النكاحين وان تأخر اسلام الثانية عن اسلامه مع كونها مدخولا بها حتى انقضت عدة الاولى فهو موضع كلام المص وقد ذكر انه يستقر نكاح
الاولى ويبطل الثانية لانها لما اسلمت الاولى حكم بضربها بالعدة لها من حين اسلامها وحكما [illegible] سلم الزوج في العدة الاولى ثبت
نكاحها فلم يكن هناك مانع ولا مانع لكون الثانية كافرة فيمتنع نكاحها لانتفاء [illegible]
من حين اسلامه كما هو في عدة الاسلام لاحد الزوجين فان اسلمت في هذه العدة تخير ايتهما شاء وان انقضت عدة الاولى لان المقتضي
لانفساخ نكاح الثانية انما هو اسلام الزوج [illegible] وهذا الوثني على الكفر استمر النكاح لان نكاح الكفر صحيح وقد وقع
العقد على الاخت حال كفرها وحينئذ كانت مدخولا بها [illegible] بالعدة من حيث اسلامه كما في كل مدخول بها [illegible]

اسلمت

القول نظير

اسلمت في العدة تبين عدم الانفساخ فيتخير ايتهما شاء ولا عبرة بانقضاء عدة الاولى وهذا هو الاقوى دون توجيه هذا
الجوابين ودليل الاول لان ثبوت عقد الاولى لاسلام الزوج في عدتها لا ينافي ثبوت عقد الاخرى التي وقع عقدها حال الكفر فاتبع
اجتماع نكاح الاختين وذلك لا يوجب بطلان الثانية انما يوجب التخيير في فسخ احدهما حيث يستقر امر النكاحين وذلك بعد الاسلام
العدة المعتبرة لكل واحدة ومثل هذا البحث آت فيما لو اسلم وعنده اربع مدخول بهن فتزوج خامسة ودخل بها ثم اسلم وتأخر
اسلامهن حتى تنقضي عدة الاربع ثم اسلمت في عدتها [illegible] من الحكم على ما لو اسلما في عدة الاولى لم يذكره [illegible] تأخر اسلام
الثانية عن عدة الاولى وهو موضع الاشكال لكن حكمه كالقول الاول وان احتمل غيره قوله اذا اسلم الوثني ثم ارتد
وانقضت عدتها على الكفر فقد بانت منه ولو اسلمت في العدة ورجع الى الاسلام في العدة فهو احق بها وان خرجت وهو كافر فلا سبيل
له عليها اذا اسلم عن وثنية مدخول بها فانه يتربص بها العدة انتظارا لاسلامها من حين الردة فان رجع الى الاسلام فيها فهو احق بها وان خرجت ولم
يرجع بانت منه ولو انعكس الفرض بان اسلمت هي اولا ثم ارتد فالحكم كالسابق يتعين القول بانه متى لم يسلم الزوج في العدة
المضروبة من حين اسلامها انفسخ النكاح [illegible] وان اسلم قبل انقضاء
العدة سقط حكم العدة الماضية ثم يتربص لها عدة اخرى لاجل الارتداد من حين ردتها وان كان الكافر [illegible] عاد الى الاسلام قبل
انقضاء العدة المضروبة من وقت ردتها استمر النكاح والا انفسخ من يوم الردة قوله ولو ماتت احديهن بعد اسلامه وقبل
الاختيار لم يبطل اختياره لها فان اختارها ورث نصيبه منها وكذا لو متن كلهن كان له الاختيار فان اختار اربعا ورثهن لان
الاختيار ليس استئناف عقد وانما هو تعيين لذات العقد الصحيح في التعليل جواب عن سؤال مقدر وهو انهن حرمن عليه بالاسلام
قبل اسلامهن فان الاسلام يحتاج العود الى الحل الى سبب يوجبه وقد خرجن عن اهلية ذلك [illegible]
الحل بل كالبت معه من الاختيار فانه لو كان قبل تمام السبب المبيح [illegible] المتعاقدين قبل تمام السبب المملك بالقبول
او القبض وجوابه منع [illegible] الموجب للارث فانه الزوجية وهي متحققة بجملتهن والمانع كان هو الكفر وقد زال
عن العدد المعتبر [illegible] التعيين [illegible] وان اماتت احديهن او متن [illegible] الارث موجود وانما يتوقف على
اختيار العدد والاختيار تعيين لذات العقد الصحيح المتحقق في ضمن الجميع لا استيناف عقد حتى يبطل بالموت قبل تمامه قوله ولو مات
ومتى قبل ان يختار [illegible] القرعة لان فيهن وارثات [illegible] وفاته اذا مات الزوج والنسوة الزائدات على العدد
كان موته قبلهن فيهن اربع [illegible] وارثات [illegible] وبعضهن قبله وبعضهن بعده [illegible]
وقد فات الاختيار بموته فلا سبيل الى القول بعدم الارث لان الزوجية متحققة في بعضهن وانما فيهن زيادة عن العدد مشتبهة [illegible]
التعيين [illegible] قبل موته لا [illegible] والربع [illegible] في كيفية الارث [illegible]
استعمال القرعة [illegible] اشتباه المستحق [illegible]
مشكل [illegible] والوجه الثاني الايقاف حتى يصطلح الورثة على الحصة [illegible] ومنهم من يستحق ومنهم
من لا يستحق والقرعة انما تكون لتعيين ما هو معين عند الله [illegible] التعيين موكول الى اختيار الزوج
الى الله تعالى [illegible] بهذا الاختيار [illegible] المستحق [illegible] هذا الوجه [illegible]
بان حيث يموت الزوج دونهن لامكان [illegible] التعيين [illegible]
ولكون [illegible] الحصة [illegible] التعيين [illegible]

٤

[illegible]

الوارث لاشتباه الحال على الجميع وهذا الجود والثالث ان الحصة من الربع او الثمن يقسم بينهن بالسوية لتساويهن في الارث كل واحدة
نسبتها الان البيان غير متوقع وهن جميعا معترفات بان الاشكال ثابت في الجميع وانه لا مزية لاحد منهن على الاخرى [illegible]
المعلوم عند الله تعالى [illegible] فان استخرجه بالقرعة متوجه ولا يمكن ان يقال ان الله تعالى يعلم الختارات منهن
مع انه لم يوجد منه اختيار لانه تعالى يعلم الاشياء على ما هي عليه فالمعين في نفسه يعلم معينا وان اشتبه علينا والمبهم في
نفسه يعلمه مبهما فلا يكون تخصيص احدهن [illegible] عندنا ولا عند الله تعالى قوله ولو مات الزوج قبلهن كان عليهن الاعتداد
[illegible] العدة [illegible] الاشتباه [illegible] العدة احتياطا بابعد الاجلين لو كل واحدة يحتمل ان يكون هي الزوجة
وان لا يكون فالحامل تعتد بعدة الوفاة ووضع الحمل والحائل تعتد بابعد الاجلين من عدة الطلاق والوفاة ٥ هذا حكم من ثبت
على الزوجات قبل التعيين [illegible] قبل التعيين يلزمهن جميعا العدة لان منهن زوجات قطعا [illegible]
العدة على الجميع ثم ان لم يكن دخل بهن وجب على الحامل وغيرها ان تعتد باربعة اشهر وعشرة ايام لان كل واحدة منهن يحتمل ان تكون
زوجته [illegible] مع عدم الدخول [illegible] الاسلام [illegible] فلا عدة هنا كما تقدم وان كان قد
حمل بعضهن [illegible] الحامل بابعد الاجلين من وضع الحمل ومضي اربعة اشهر وعشر وقول [illegible] ان الحامل تعتد بعدة الوفاة
ووضع الحمل [illegible] عدة الوفاة للحامل هي ابعد الاجلين [illegible] اربعة اشهر وعشر [illegible] الطلاق الاسم الحري على
بعض افراده [illegible] وذلك القدر [illegible] ابعد الاجلين واما الحائل فان كانت من ذوات الاقراء
كالآيسة والصغيرة اعتدت باربعة اشهر وعشرة لان كل واحدة منهن يحتمل ان يكون [illegible] او مطلقة وعدة المطلقة [illegible]
وعدة الحائل [illegible] باربعة اشهر وعشر ومن ثلاثة اقراء وانما [illegible] لان المعتبر عدة واحدة وانما [illegible]
للاشتباه قوله واذا اسلم وسلمن لزمه نفقة الجميع حتى يختار اربعا فتسقط نفقة البواقي لانهن في حكم الزوجات وكذا لو اسلمن
او بعضهن [illegible] كفره ولو لم يدفع النفقة كان لهن المطالبة بها عن الحاضر والماضي سواء اسلم او بقي على الكفر ولا يلزمه النفقة
لو اسلم [illegible] مع الامتناع [illegible] هذا الحكم [illegible] قبل الاختيار هو وجوب الانفاق عليهن الى ان
يختار اربعا لان الانفاق على الزوجات واجب [illegible] بالانفاق على الجميع للاشتباه [illegible]
[illegible] قبلها او بعدها او [illegible] العدة فلا نفقة لها
[illegible] مع [illegible] النفقة لان وطيها في تلك الحال ممتنع وهو [illegible]
[illegible] المانع فان اسلمت في العدة استحقت النفقة من وقت الاسلام لاستقرار النكاح ولا نفقة لها عن الماضي [illegible]
[illegible] النكاح [illegible]
[illegible] مع وجود المانع [illegible]
[illegible] النفقة [illegible] النكاح والتمكين [illegible] النفقة الثابتة [illegible]
زمن العدة سواء اسلم [illegible] انقضت العدة ولم يسلم سقطت النفقة [illegible] البينونة [illegible]
وانما تجب النفقة عليه زمن العدة مع تحريم وطيه لانه يتمكن من الاستمتاع باسلامه والمانع منه [illegible]
[illegible] الجمعة و[illegible] من قبل [illegible] النفقة [illegible] المانع [illegible]
الصوم الواجب [illegible] البينونة [illegible]

[illegible]

كان من قبلها والنفقة وان كانت في مقابلة التمكين ولا تمكين هنا الا انه شرط وهو متوقف على وجه التعدي ولا تعدي هنا الثالثة
ان يسلما معا فيستمر وجوب الانفاق ولا اشكال لو لم يؤد على ارتفاع الوذ [illegible] عليها او كان فيها الحائض فان الانفاق عليهن جميع
واجب قبل الاختيار لانهن في حكم الزوجات كما مر ولانهن محبوسات لاجله وتحت حجره الى زمان الاختيار فاذا اختار اربعا منهن
[illegible] البواقي وسقطت نفقتهن وكذا لو كن جميعا كتابيات ولم يسلمن [illegible] ثبت لهن النفقة
[illegible] المطالبة بها عن الزمن الحاضر والماضي لان نفقة الزوجة تثبت في الذمة اذا فات كالدين [illegible] نفقتها [illegible] قوله
والمطلقة [illegible] في السابق الى الاسلام [illegible] الزوج استصحابا للبراءة الاصلية ٥ المراد انهما اختلفا في السابق الى الاسلام
[illegible] على [illegible] الزوج [illegible] فالقول قول الزوج مع يمينه
لاصالة البراءة من النفقة لانها انما تجب [illegible] في اصل الوجوب والزوج ينكره فيكون الاصل معه [illegible]
[illegible] البينة [illegible] لان النفقة كانت واجبة والاصل البقاء والزوج يدعي المسقط فكان [illegible]
عليها النشوز فانكرت بعد تحقق التمكين ويؤيده ان الاصل عدم سبق كل منهما [illegible] الاصل [illegible]
امكان الحكم بالتقارن حيث تدافع الاصلان لاتفاقهما على عدم التقارن فلا يتم معه اصالة البراءة وهذا الاحتمال قوي
[illegible] وما يقال من الفرق بين هذا وبين دعوى النشوز انه مع تحقق التمكين لا شبهة في
[illegible] النشوز [illegible] المانع من الاستمتاع وهو بقاء احدهما على الكفر [illegible]
[illegible] المانع لا يعلم [illegible] الاصل عدم [illegible] النشوز
[illegible] وجود المانع [illegible] الاصل [illegible] الاختلاف في المتقدم منهما مع
الاتفاق على عدم التقارن اما لو اختلفا في التقدم والتقارن فانه يبنى على تقديم الاصل او [illegible] البحث السابق
هنا وان قدمنا الاصل فالنفقة لازمة كما كانت قوله ولو ماتت [illegible] لكن لم يتعين وجب ايقاف الحصة عليهن حتى
يصطلحن [illegible] الوجه القرعة او التشريك [illegible] الكلام [illegible] كما سبق [illegible] القرعة ولم يذكرها
وهذا التعين [illegible] وامكن ايقاف الحصة حتى يصطلحن [illegible] الحكم احد الاوجه الثلاثة محتمل في
المسألتين وقد عرف وجه كل واحد وان الايقاف اصح [illegible] القرعة او التشريك اشارة الى [illegible] في المسألة لا
الى التخيير بين الامرين قوله ولو ماتت قبل اسلامه لم يورث شيئا لان الكافر لا يرث المسلم ويمكن ان [illegible]
ما ذكره من الاحكام هو المتعين في المسألة على مقتضى القاعدة المتفق عليها لان [illegible] كون الكافر لا يرث المسلم
لا [illegible] بعد اسلامه [illegible] الارث لا يستحق الا بعد الموت بلا فصل وهو حينئذ كافر [illegible] الدعوى ممنوعة
بل المعتبر كونه مسلما قبل القسمة كما [illegible] وهو حاصل هنا قوله وروى عمار الساباطي عن ابي عبد الله عليه السلام ان اباق العبد [illegible]
[illegible] الارتداد فان رجع وهي في العدة فهي امرأته بالنكاح الاول وان رجع بعد العدة [illegible] فلا سبيل له عليها [illegible]
العمل بها [illegible] السند [illegible] الشيخ [illegible] الرواية [illegible] الزوجة [illegible]
باذن السيدين [illegible] بان الارتداد [illegible] العبد عن طاعة السيد [illegible]
[illegible] على العبد طاعة سيده [illegible] الحكم [illegible]
التعليل [illegible] الارتداد [illegible] العبد عن طاعة سيده [illegible] طاعة الله تعالى [illegible] وجوب الطاعة [illegible]

في معنى ... والافضل ... بقاء الزوجية ووجوب ... لعدم الدليل الصالح

الاصل قوله الكفاءة شرط في النكاح وهي التساوي في ... وهل يشترط التساوي في الايمان ...

بالاسلام ... الكفاءة ... اشتراط الكفاءة في النكاح بين

الزوجين ... بالاسلام ... على اعتباره ... الدليل الصالح

[illegible]

٣٠١ [illegible]

[illegible]

٣٠٢ [illegible]

بجامعها بالاجتمل الا النكاح مثل ان يقول لها انقضت عدتك تزوجتك فاشار بذلك الى الفرق بين التعريض والتصريح فالتصريح
ماخوذ من الصراحة وهو الخلوص ومنه الصريح وهو اللبن الخالص الذي لم يمذق وقولهم صرح فلان بالامر اي كشفه [illegible] والمراد
هنا الخطاب بالاجتمل الا النكاح مثل اريد ان تزوجك بعد العدة ونحو ذلك والتعريض هو الاشارة بلفظ يحتمل الرغبة في
النكاح وان كان في النكاح اغلب [illegible]

[illegible]

٣٠٦

٣٠٣

٣٠٤

ضعف فالوقوف على موضع الوفاق اجود قوله ويشترط ان تكون الزوجة مسلمة او كتابية كاليهودية والنصرانية والمجوسية على اشهر الروايتين
قد تقدم البحث في ذلك وان الروايات الدالة على جواز نكاح المجوسية ضعيفة فالقول بعدم الجواز اجود كما ان القول بجوازه ما كان اقوى
قوى قوله ويمنعها من شرب الخمر وارتكاب المحرمات ينبغي ان يكون ذلك على وجه الاستحباب وان بلغ شرب الخمر الحد الاكثار
والمحرمات الى حد الاستقذار ويريدون ذلك بشكل جواز المنع حيث هو مباح في دينها ولا يتظاهرن به وانما اشترط اسلام المرأة
او كونها كتابية او مجوسية على تقدير كون الزوج مسلما فلو كان من احدى الفرق الثلث جاز بغير اشكال ويبنى على ان المراد ذلك
حمل الجواز على اشهر الروايتين وكذا لا يمنع الوثني وشبهه من التمتع بمثله من الكافرات قوله اما المسلمة فلا يتمتع الا بالمسلم خاصة
بناء على ما اختاره من جواز تزويج المسلمة مطلقا بالمسلم مطلقا وعلى المشهور من عدم جواز تزويج المؤمنة بالمخالف لا يجوز هنا ايضا
قوله ولا يجوز بالوثنية والناصبية المعلنة بالعداوة كالخوارج اما منع التزويج بالوثنية للمسلم خاصة كما لا خلاف وكذا بالناصبية
ولا يشترط في المنع من الناصبة الاعلان بالعداوة بل متى عرف منها ذلك لم يجز وقد تقدم التنبيه عليه وجعل الخوارج من امثلة
النواصب اولى من عطفه عليهم في اكثر العبارات المؤذن بالمغايرة فان النواصب اعم من الخوارج مطلقا لما علم من ان النواصب هم المبغضون
لاحد من اهل البيت عليهم السلام والخوارج يبغضون عليا عليه السلام من جملتهم بل من اكبرهم ووجه المنع من نكاحهم والحكم بكفرهم المانع من
التناكح بينهم وبين المسلمين انه قد علم ضرورة من دين الاسلام كمال اهل البيت عليهم السلام وشرفهم وجعل مودتهم اجر الرسالة قوله ولا يتمتع
بامة وعنده حرة الا باذنها ولو فعل كان العقد باطلا وكذا لا يدخل عليها بنت اختها ولا بنت اخيها الا مع اذنها ولو فعل كان العقد باطلا
في ذلك كله ما تقدم من البحث عنه في النكاح الدائم لان اقسامه كلها وخروج بعض الاحكام من هذا النكاح بدليل من خارج كالاولى
في العقد والقسمة لا يوجب خروج غيره حيث يشمله اطلاق الادلة وعمومها ولا فرق بين كون الحرة والعمة والخالة بعقد الدوام والمتعة
والداخلة كذلك والكلام في بطلان العقد او وقوفه ما تقدم والخلاف واحد وقد اقتصر المصنف على بعض المعتبر في عقد الدائم ثم ذكر بعض
وان يتوقف في الاقسام من المحرمات جمعا وعينا اكتفاء بما تقدم قوله ويستحب ان تكون مؤمنة عفيفة وان يسألها عن حالها
مع التهمة وليس شرطا في الصحة لما تقدم ان الامور المعتبرة في صحتها وهذه امور معتبرة في كمالها وقد ذكر منها ثلثة الاول كونها مؤمنة
ويدل عليه قول الرضا عليه السلام ... والنساء المؤمنة ... وقول الصادق عليه السلام لما سأله الحسن بن الجهم عن المتعة قال اذا كانت عارفة
قلنا فان لم تكن عارفة قال فاعرض عليها وقل لها فان قبلت فتزوجها وان ابت ان ترضى بقولك فدعها وقد روي تجويزه مرسلا عن ابي
عبد الله عليه السلام انه قال لا تتمتع المؤمنة فتذلها ... ان كانت المرأة من اهل بيت شرف فانه يكره لما يلحق اهلها من العار
والذل مع حصول معنى معاودته السابق الثاني كونها عفيفة عن الزنا ... قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عنها
في الخلاف ولانه قبح الا عفيفة ان الله عز وجل يقول والذين هم لفروجهم حافظون ولا تضع فرجك حيث لا تأمن على درهمك الثالث
السؤال عن حالها مع التهمة بان لها زوجا او معتدة لرواية ... عن الباقر عليه السلام انه سئل عن المتعة فقال ان المتعة اليوم ليس كما
كانت قبل اليوم كن يومئذ يؤمن واليوم لا يؤمن فاسألوا عنهن ... وهذه ... الامر بالسؤال عن حالها وليس فيها ... من نقص
في الحال وليس السؤال شرطا في الصحة للاصل وحمل فعل المسلم على الصحيح وقد روي ... وغيره في ... المرأة
يتزوج بالمرأة متعة فيقع في نفسه ان لها زوجا ... عليه ... البينة كان يجد من يشهد ان ليس لها زوج
قوله ويكره ان تكون زانية فان فعل فليمنعها من الفجور وليس شرطا قد تقدم على اصل الجواز وعلى الكراهة ومن بعضها ما تقدم
من النهي عن غير العفيفة وفي رواية ... العيص السابقة ... والكواشف والدواعي والبغايا وذوات الازواج منك وما

الكواشف قال اللواتي يكاشفن وبيوتهن معلومة ويؤتين قلت فالدواعي قال اللواتي يدعون الى انفسهن وقد عرفن بالفساد
قلت فما البغايا قال المعروفات بالزنا قلت فذوات الازواج قال المطلقات على غير السنة وعلى اصل الجواز مضافا الى ما سبق رواية
علي بن يقطين قال قلت لابي الحسن عليه السلام نساء اهل المدينة قال فواسق قلت فاتزوج منهن قال نعم ولاستعمال النهي في هذه
من باب الحسبة وليس شرطا في عقد النكاح للاصل والاخبار ومنع الصدوق من التمتع بها وابن البراج اذا لم يعتبرها من الفجور
لقوله تعالى الزانية لا ينكحها الا زان او مشرك والنهي السابق في الخبر وعن محمد بن الفضيل قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن
المرأة الحسناء الفاجرة هل يحل للرجل ان يتمتع منها يوما او اكثر فقال اذا كانت مشهورة بالزنا فلا يتمتع بها ولا ينكحها
ولانه لا يؤمن من اختلاط الانساب وقد تقدم الجواب عن ذلك وان الجمع بين الادلة يقتضي حمل النهي على الكراهة قوله
يكره ان يتمتع ببكر ليس لها اب فان فعل فلا يفتضها وليس بمحرم ... ما تقدم من ان ... عليها ... او شرطها
وان كان ... على الكراهة صحيحة ابي عمير عن حفص بن البختري عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يتزوج البكر متعة قال
يكره العيب على اهلها ... ومن ليس لها اب وكلاهما مكروه بل الاولى ... لها اب بدون
الكراهة ... كان اولى ويدل على كراهة الافتضاض ايضا رواية ابي سعيد القماط عمن رواه قال قلت لابي عبد الله عليه السلام
جارية بكر بين ابويها تدعوني الى نفسها سرا من ابويها افافعل ذلك قال نعم واتق موضع الفرج قلت فان رضيت بذلك قال
ان رضيت فانه عار على الابكار وفي الصحيح عن زياد بن ابي الحلال قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول لا باس ان يتمتع بالبكر
ما لم يفض اليها كراهة العيب على اهلها ... من الكراهة ... ومتى صح النكاح ... احكامه
ومنع جماعة من الاصحاب عن التمتع بالبكر ... الا باذن ابيها او الجد هنا كالاب قوله اذا اسلم المشرك وعنده كتابية بالعقد
المنقطع كان عقدها ثابتا وكذا لو كن اكثر ولو سبقت وقعت على انقضاء العدة ان كان دخل بها فان انقضت ولم يسلم بطل
العقد وان لحقته قبل العدة فهو احق بها ما دام الاجل باقيا الا انما كان عقد المتعة صحيحا عندنا فاذا اسلم المشرك على منكوحة
يجوز له استدامة نكاحها الكتابية اقر عليه كما يقر على الدائم وكذا لو كن اكثر من واحدة لما سلف من انه لا يحصر عددها في عقد
ولو انعكس الفرض بان اسلمت هي دونه توقف فسخ النكاح على العدة لان نكاح المسلمة لا يصح للكافر مطلقا فان انقضت العدة
او المدة التي جعلاها اجلا للمتعة ولم يسلم تبين انفساخ النكاح من حين الاسلام اما مع انقضاء العدة فلانفساخ النكاح
واما مع انتهاء المدة فلانقضاء البينونة وان اسلم في العدة فهو وقد بقي من المدة شيء فهو املك بها ما دامت المدة باقية
وعلى التقديرين يثبت المسمى لاستقرار المهر بالدخول لانه المفروض ولو كان الاسلام قبل الدخول فان كان منه فالحكم بحاله وان كان
منها انفسخ النكاح ولا مهر لان الفسخ من قبلها قوله لو كانت غير كتابية فاسلم احدهما بعد الدخول وقف الفسخ على
انقضاء العدة ... بانقضاء الاجل ... العدة ... قبل اسلامه تعين انفساخ النكاح ... نكاح غير الكتابية
للمسلم ولا متعة ابتداء ولا استدامة وامتنع نكاح الكافر وان كان كتابيا المسلمة ابتداء واستدامة وحيث اذا كانت
الزوجة غير كتابية ... من ان تكون وثنية او غيرها ... الحكم بانفساخ النكاح ان كان قبل الدخول مطلقا وتوقف على
العدة او المدة ان كان بعده فاي ... بانفساخ النكاح اولا ... ويثبت المهر المسمى مع الدخول ... وان كان المسلم
الزوج كما مر قوله لو اسلم وعنده حرة وامة ثبت عقد الحرة ووقف عقد الامة على رضا الحرة اما ثبوت عقد الحرة فلوجود
المقتضي له لان نكاح الكافر صحيح ... عليه واما وقف عقد الامة على رضا الحرة فلان الجمع بينها وبين الحرة موقوف على

رضا الحرة فاذا لم ترض انفسخ نكاح الامة ويبقى الكلام فيما ... الامة على القول بجواز نكاحها ابدا بدون الشرطين وعلى ان المانع
ابتداء عقدها الا استدامة فان اسلامه ... في الدائم وقد تقدم قوله وما المهر فهو شرط في عقد المتعة خاصة يبطل بفواته
العقد الاصل في اشتراط المهر في عقد المتعة دون الدائم مع النصوص الدالة عليه ان الغرض الاصلي من الاستمتاع واعفاف النفس
فاشتدت شبهه بعقود المعاوضات التي يشترط فيها ذكر العوض من الجانبين بخلاف الدائم فان الغرض الاصلي فيه بقاء النسل وغيره
من الاغراض المترتبة عليه التي لا يقصد بالمتعة فلذلك لم يشترط فيه ذكر المهر وتبعيته عليه الباقر عليه السلام في خبر محمد بن مسلم ... لا تكون
وقول الصادق عليه السلام لا تكون متعة الا بامرين بأجل مسمى واجر مسمى وروي زرارة في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام قال لا تكون متعة الا بامرين باجل مسمى
واجر مسمى قوله ويشترط فيه ان يكون مملوكا معلوما اما بالكيل او الوزن او المشاهدة او الوصف ويتقدر بالمراضاة قل
او كثر ولو كان كفا من بر اشتملت العبارة على ثلثة احكام احدها كون المهر مملوكا فلا يصح العقد على ما لا يملك مطلقا كالخنزير
الخمر للمسلم والحر ولا على غير المملوك للعاقد فلو عقدها على مال الغير لا يستباح ان يملك البضع بمال غيره وان رضي المالك بعد
بخلاف البيع ونحوه من عقود المعاوضات فان الاجارة تؤثر في نقل الملك الى المالك وهنا لا يتصور مثله الثاني العلم بقدره اما
بالكيل ان كان مكيلا او بالوزن لو كان موزونا او بالعد ان كان معدودا او بالمشاهدة وان كان من احد الثلثة
كصبرة الحنطة لاندفاع الغرر المطلوب دفعه في المعاوضة وان لم يندفع في غيرها لانها ليست معاوضة محضة بحيث يبنى
على المغابنة والمكايسة بل يعتبر دفع الغرر في الجملة لان الركن الاعظم فيها الاستمتاع ولو حصرت من تم المعلوم عليه السلام المشتمل
والمجلد هذا اذا كان العوض حاضرا ولو كان غائبا اعتبر وصفه بما يرفع الجهالة فيبطل العقد بدونه وثالثها انه لا تقدير له في جانب
القلة ولا الكثرة فيجوز على كل ما يعد مالا عادة كما يجوز جعله عوضا في البيع والاجارة ولا يجوز على ما لا يتمول عادة كحبة الحنطة
واشار المصنف بالكف من البر الى ما رواه سعيد الاحول عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن ادنى ما يتزوج به المتعة قال كف من بر وهو
مبالغة في القلة ... لا انحصار الكثرة فيه فلو عقد على اقل منه مما يتمول كفى وانما جرى على الغالب والتقريب كقوله من تمر او
بتمرة وفي حديث اخر ولو بسواك ... ويدل على الجواز مطلق المتمول رواية محمد بن مسلم قال سألت ابا عبد الله عليه السلام كم المهر يعني في
المتعة قال ما تراضيا عليه الى ما شاء من الاجل وقال ابن بابويه لا يجوز اقل من درهم فما فوقه لصحيحة ابي بصير عن الباقر عليه السلام عن
متعة النساء قال حلال وانه يجزي فيه الدرهم فما فوقه ولا دلالة فيها على عدم اجزاء ما دون الدرهم الا بالمفهوم الضعيف فيرجع
فيما دونه الى الادلة لعدم المنافي قوله ويلزم دفعه بالعقد ولو وهبها المدة قبل الدخول لزمه النصف المراد بلزومه بمعنى كون العقد سببا
في وجوب دفعه ونقيض ذلك لا ينافي اشتراط الوجوب بامر اخر لان السبب قد يتخلف عن مسببه لفقد شرط وانما اشترط ذلك لان المهر
احد العوضين الذي لا يجب تسليمه الى احدهما مثلا الا بتسليم العوض الاخر بل ... ان يلزم بدفعه قبل تسليمها نفسها ... قبضا ...
... الوجوب في غيره ... الحقيقة ... في باب المهر وعلى التقديرين لا يلزم دفعه مستحبا للعقد مطلقا مع تسليمها
نفسها ويحتمل ... جعل الباء للمصاحبة ... وجوب دفعه بالعقد هو الذي اختاره جماعة من الاصحاب ولكن يلزم
... ويدل على عدم وجوب المبادرة بالعقد ... عمر بن حنظلة قال قلت لابي عبد الله عليه السلام اتزوج المرأة شهرا فتريد مني المهر
كاملا واتخوف ان تخلفني فقال يجوز ان تحبس ما قدرت عليه فان هي اخلفتك فخذ منها بقدر ما اخلفتك فيه ... على تقديم وجوب
دفعه على اي وجه كان لا يستقر ملكها له بالقبض بل بمضي المدة تمكنه كاملة قوله ولو وهبها المدة قبل الدخول لزمه النصف

الابراء ومضيه بلفظ الهبة لدلالتها على المقصود مضافا الى جوازه من حيث ... فيثبت
حال الشارع في المدة حال الابراء وليس في الخبر تصريح بالهبة اما ان يكون قبل الدخول او بعده فان كان قبل الدخول لها نصف
المهر ويسقط النصف الاخر كما لو طلق الزوجة الدائمة قبل الدخول هذا هو المشهور بين الاصحاب وربما ادعى عليه الاجماع
وقد تقدم مرارا ما يقدح في هذا الحكم ان لم يكن اجماع واستشهدوا له مع ذلك بمقطوعة سماعة قال سألته عن رجل تزوج
جارية او تمتع بها ثم جعلته في حل وقد قبضت منه فان خلاها قبل ان يدخل بها ردت المرأة على الزوج نصف الصداق
لو دخل ثم وهبها باقي المدة او بعضها صح ولا يسقط من المهر شيء لانقضاء العقد ووجوبه جميعه وسقوط شيء منه يحتاج الى دليل
ومن ثم وقع النظر في هبتها قبل الدخول من قصور الدلالة على المسقط واما بعد الدخول فلا دليل على سقوط شيء منه وان اقتضى
قد يعد على الدفع في بعض الصور لدليل فانه لا يوجب تعديته ... واعلم ان الاقرب هبة المدة قبل الدخول هبة جميع ما بقي منها
عند الهبة ... المقتضي لسقوط نصف المهر اذا وقع قبل الدخول يحصل المقتضي له وهو مجموع الامرين وحصول الفرقة قبل
الدخول لانه ... وانما الدخول بعده ... ذلك كالطلاق ... على موضع اليقين فيما خالف الاصل ويظهر الفائدة
فيما لو وهبها بعض المدة كنصفها مثلا وقد بقي منها اكثر من النصف ولم يتفق بها دخول حتى انقضى ما بقي منها بعد هبته فعلى الاول يثبت
لها المجموع وعلى الثاني النصف واطلاق الرواية يدل على الثاني لو كانت معتبرة في الدلالة قوله ولو دخل واستقر المهر بشرط الوفاء
بالمدة ولو اخلت ببعضها كان له ان يضع من المهر بنسبتها ... هذا الحكم اخبار كثيرة منها صحيحة عمر بن حنظلة السابق وفي
حديث اخر عنه صحيح السند في الكافي دون التهذيب وفيه خذ منها بقدر ما تخلفك ان كان نصف المهر شهرا فالنصف وان كان
ثلثا فالثلث وفي حديث اخر عن اسحاق بن عمار مثله واستثنى منه ايام الطمث فانها لها ولا يكون عليها الا ما احل له من فرجها
وفي استثناء غير ايام الحيض من الاعذار كالمرض والحبس وجهان من المشاركة في المعنى وكون ذلك على خلاف الاصل فيقتصر
فيه على مورده واما الموت فلا يسقط بسببه شيء كالدائم قوله ولو تبين فساد العقد اما بان ظهر لها زوج او كانت اخت زوجته
او اما شاكل ذلك من موجبات الفسخ ولم يكن دخل فلا مهر لها ولو قبضته كان له استعادته وان تبين ذلك بعد
الدخول كان لها ما اخذت وليس عليه تسليم ما بقي ولو قيل لها المهر ان كانت جاهلة ويستعاد ما اخذت ان كانت عالمة كان
حسنا اذا تبين فساد عقد المتعة بوجه من الوجوه فان كان قبل الدخول فلا شيء لها اتفاقا فان كانت اخذت المهر او بعضه
استعاده منها وان كان بعد الدخول فللاصحاب فيه اقوال احدها قول الشيخ في النهاية ان لها ما اخذت فلا يلزم ان يعطيها ما بقي ولم يفرق
بين ما لو كانت عالمة او جاهلة بل الاظهر ان تكون عالمة لان الزوجة مما لا يخفى عليها غالبا ومستنده صحيحة ابن ابي عمير عن حفص بن
البختري عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا بقي عليه شيء من المهر وعلم ان لها زوجا فما اخذته فلها بما استحل من فرجها ويحبس عنها ما بقي
عنده وهذه الرواية ايضا شاملة لما اذا كانت عالمة بالحال وجاهلة وهو القول الذي اشار اليه المصنف اولا فيه
الاطلاق المبني على المرفوض بالجهل قبله لانه تحقيق بجهل الزوج بذلك كما هو الظاهر من نسب الى الشيخ تخصيص الحكم بالجاهل فقد
خصص في التقييد ... وان كان مناسبا للاصل واطلاق الرواية يشملها اذا كان المدفوع اليها قليلا او كثيرا ولو كان
ما مضى من المدة اقل او اكثر ومورد ها دفع شيء وبقاء شيء فلو لم يكن دفع اليها شيئا او دفع الجميع فلانه لا دلالة على حكمه
فيرجع فيه الى الاصول المقررة في نظائره ومقتضاه عدم استحقاق شيء مع علمها لكن يشكل باستحقاقها مع قبض البعض
وان كان اكثر المهر وعدم استحقاقها شيئا مع عدمه او مع قبض الجميع وفيه اشكال اخر وهو ان استحقاقها شيئا بسبب الاحلال

زوجها كما تضمنته الرواية وذلك لا يتقدر بما دفع لشموله للقليل والكثير [illegible]
كانت جاهلة فلها جميع المسمى فان كانت [illegible] وهو الذي اختاره المصنف هنا وجماعة وعليه حمل [illegible]
حمل في [illegible] ويحبس عنها ما بقي عنده عليها اذا كانت قد بقي عليها من الايام مقدرة ويشكل ذلك بان العقد فاسد في نفس
الامر فكيف يترتب عليه حكم الصحيح الذي من جملته توزيع المهر على اجزاء المدة بل ينبغي ايجاب الجميع مع الجهل او جعل عوض وطي
الشبهة الصادر بالعقد هو المسمى [illegible] وجعل التوجيه ويمكن تحقيق كلامهم بان التراضي بما وقع
منهما على المهر المعين موزعا على المدة لانه لازم عقد المتعة فاذا [illegible] كما يلزم المسمى مع الجهل [illegible]

[illegible]

[illegible] ٣٠٧

[illegible]

[illegible] ٣٠٨

على ما ذكر بل اقتصر على الرواية الاولى ويمكن حمل هذه الرواية على ما ذكر في الاول بان يريد بالنكاح الايجاب مجازا ويكون ذكر الشرط بعده كناية عن ذكره في القبول وهو جزء من العقد لا ينافي غيره من العقود قوله للبالغ الرشيدة ان تمتع نفسها وليس لوليها اعتراض بكرا كانت او ثيبا على الاشهر قد تقدم البحث في هذه المسئلة بحثا وانما اعادها هنا للخلاف في عقد المتعة بخصوصه وخصوص روايات في جوازه لكنها بخصوصها وفيما سلف كفاية قوله يجوز ان يشترط عليها الاتيان ليلا او نهارا او ان يشترط المرة او المرات في الزمان المعين لان ذلك شرط لا ينافي مقتضى العقد وقد يتعلق الغرض بالاستمتاع في وقت دون آخر اما طلبا للاستبداد او غيره من الاغراض وعموم المؤمنون عند شروطهم يشمله وما يقال ان مقتضى العقد اباحة الاستمتاع في كل وقت فتخصيصه ببعض الاوقات ينافيه مندفع بان مطلق العقد يقتضي الاستمتاع في كل وقت لا ان ذلك حيث لا شرط خلافه وانما يقتضيه العقد المطلق اعني المجرد عن الشرط وهو غير المتنازع والكلام فيما لو اذنت في الوقت المشروط وعدم الجواز منه اجود ابعد عن العقد كما تقدم ومثله في كلام المصنف في باب البيع وما يفيد الجواز وفيه نظر قوله يجوز العزل بالمتمتع بها ولا يقف على اذنها ويلحق الولد به لو حملت وان عزل لاحتمال سبق المني من غير تنبيه ولو نفاه عن نفسه انتفى ظاهرا ولم يفتقر الى اللعان اشتملت هذه المسئلة على ثلاثة مطالب الاول جواز العزل عن المتمتع بها وان لم تاذن وظاهرهم انه محل وفاق والدليل عليه بخصوصه من النص ضعيف وكان وجهه ان الغرض الاصلي منه الاستمتاع دون النسل بخلاف الدوام ويمكن الاستدلال عليه ايضا بما روي انهن بمنزلة الاماء ولا خلاف في جواز العزل عن الامة ولان الوطء لا يجب بها والعزل كالجزء منه وليس فيه من الاخبار بخصوصه الا مقطوعة ابن ابي عمير قال الماء ماء الرجل يضعه حيث شاء الا انه اذا جاء بولد لم ينكره وشدد في انكار الولد وقد سمعت في العزل عن مطلق الزوجة ما هو اجود من ذلك الثاني ان الولد يلحق به وان عزل وهذا الحكم لا يختص بالمتعة بل بكل وطء صحيح والوجه فيه ما ذكر من احتمال سبق المني من حيث لا يشعر والولد للفراش وفي مقطوعة ابن ابي عمير السابقة ما يدل عليه وكذا اطلاق رواية محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام قال قلت له رجل اراد ان يحبلك قال هو ولده وحكم باطلاقه من غير استفصال وهو دليل العموم الثالث انه لو نفى ولد المتعة انتفى ظاهرا ولم يتوقف على اللعان بخلاف الدائم وهو موضع وفاق وانها ضعيفة كالامة وقد تقدم شبهها بها وبالمستأجرة في الاخبار والحكم بالانتفاء هنا مبني على الظاهر واما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يجوز له نفيه لمجرد العزل ولا التهمة بل مع العلم بانتفائه عنه فيجب عليه فيما بينه وبين الله ملاحظة ذلك وان قبل قوله ظاهرا قوله ولا يقع بها طلاق وتبين بانقضاء المدة ولا يقع بها ايلاء ولا لعان على الاظهر وفي الظهار تردد والاظهر انه يقع اشتملت هذه الجملة على مسائل الاولى انه لا يقع بها الطلاق وهو موضع وفاق بل تبين بانقضاء المدة ومع هبتها اياها فهو في ذلك مقام الطلاق والمراد تحصيل البينونة وفي صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في المتعة والنساء قال وتبين منه قال نعم الثانية انه لا يقع بها ايلاء على اشهر القولين لقوله تعالى في قصة الايلاء وان عزموا الطلاق الدال على كون المولى منها قابلة للطلاق والمتعة ليست كذلك ولان من لوازم الايلاء المطالبة بالوطء وهو منتف فيها وانتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم وقال المرتضى رحمه الله يقع بها الايلاء لعموم قوله تعالى والذين يؤلون من نسائهم فانه جمع مضاف وهو من صيغ العموم واجيب بانه مخصوص بقوله تعالى وان عزموا الطلاق فان عود الضمير الى البعض يوجب تخصيصه وفيه نظر والمسئلة موضع خلاف بين الاصوليين وقد ذهب جماعة من المحققين الى انه لا يخصص وحيث نقول بعدم وقوع الايلاء بها فانما يمنع من اليمين الخاص المترتب عليه حكم الايلاء المذكور وذلك لا يمنع وقوع مطلق اليمين حيث لا يكون متعلقه اولى فيلحقه احكام اليمين المطلق كما سيأتي تحقيقه ان شاء الله تعالى الثالثة

لايقع

٣٠٩ لا يقع بها لعان لنفي الولد فقط لانتفائه بغير لعان وهو موضع وفاق واما مع القذف فلصحيحة ابن ابي يعفور عن ابي عبد الله عليه السلام قال لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتع منها وحسنة ابن سنان عن الصادق عليه السلام قال لا يلاعن الحر الامة ولا الذمية ولا التي يتمتع بها وفي رواية علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام في حديث الاولى مع ان ابن سنان مشترك بين عبد الله وهو ثقة ومحمد وهو ضعيف فالاشتراك يمنع الوصف بالصحة والثانية فيها عبد الله والاقرب وذهب المرتضى والمفيد الى وقوعه لانها زوجة فتدخل في عموم والذين يرمون ازواجهم واجابوا بان عموم القرآن يخص بالسنة وان كانت احادا والتخصيص بما ذكر من الاخبار والجواب مبني على اصل المفيد والمرتضى لا يعتبر خبر الواحد في نفسه فاولى ان لا يعتبره في تخصيص القرآن وقد تقدم مثله الثالث في الايلاء واللعان معا ان الجار في قول المصنف على الاظهر يتعلق بالفعل في قوله لا يقع الشامل للامرين الرابعة في وقوع الظهار بها تردد منشأه من الخلاف بين الاصحاب فذهب جماعة منهم ابن ادريس الى عدم الوقوع لاصالة البقاء على الحل ولان المظاهر يلزم بالفئة او الطلاق ولا طلاق في المتعة ولا يجب الوطء فيلزم بالفئة مع ايجابها وحدها ولا دليل عليه واقامة هبة المدة مقام الطلاق قياس ولان امره باحد الامرين موقوف على المرافعة المتوقفة على وجوب الوطء وذهب الاكثر ومنهم المصنف الى وقوعه بها لعموم الآية فان المتمتع بها زوجة ولم يخص هنا بخلاف ما سبق والالزام باحد الامرين لا يوجب التخصيص لجواز اختصاصه بمن يمكن فيه احد الامرين وهو الدائم وكذا المرافعة ويبقى اثره في غيره كوجوب اعتزالها وهذا هو الاقوى قوله ولا يثبت بهذا العقد ميراث بين الزوجين شرطا سقوطه او اطلقا ولو شرطا التوارث او شرط احدهما قيل يلزم عملا بالشرط وقيل لا يلزم لانه لا يثبت الا شرعا فلا يكون اشتراطه كما لو شرط للاجنبي والاول اشهر اختلف العلماء في توارث الزوجين بالعقد المنقطع على اقوال احدها انه يقتضي التوارث كالدائم حتى لو شرطا سقوطه بطل الشرط كما لو شرط عدمه في الدائم ولا يبطل الا بالموانع المشهورة وتعبيرهم بان المقتضي للارث هو العقد لا بشرط شيء وهذا قول القاضي ابن البراج ومستنده عموم الآية الدالة على توريث الزوجة وهذه زوجة والا لم يحل لقوله تعالى في الآية الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم وملك اليمين منتف عنها قطعا فلو لم تثبت الزوجية لم تحل ولان الزوجة تقبل التقسيم الى الدائمة وغيرها ومورد التقسيم مشترك بين الاقسام فيجب ان يدخل في عموم ولكم نصف ما ترك ازواجكم ولهن الربع مما تركتم والجمع المضاف للعموم كما سبق ولا يرد مع توريث الذمية والقاتلة فيلزم ان يكون ليس عاما لان العام المخصوص حجة في الباقي والاخبار الواردة بخلافه فلا تعارضه لما ستقف عليه من الطعن في سندها فتسقط وما لا يرد خبر الواحد لا يخصص عموم القرآن وعليه يبني حكم ما لو شرطا سقوطه فانه كاشتراط عدم ارث الدائمة لا يصح لانه شرط مخالف لمقتضى العقد والكتاب والسنة ولان كل ما يقتضيه الماهية من حيث هي يستحيل عدمه مع وجودها ولعلهم ... هذا القول الى الشبهة ... عن احد من الاصحاب ... وثانيها عكسه وهو انه لا توارث فيه من الجانبين سواء شرطا في العقد التوارث او عدمه او لم يشترطا شيئا والى هذا القول ذهب جماعة منهم ابو الصلاح الحلبي وابن ادريس والعلامة في احد قوليه وولده فخر الدين والمحقق الشيخ علي وحجتهم التمسك بالاصل فان الارث حكم شرعي فيتوقف ثبوته على توظيف الشارع ومطلق الزوجية لا يقتضي استحقاق الارث لان من الزوجات من ترث ومنهن من لا ترث كالذمية ولما رواه سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام قال سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط الميراث قال ليس بينهما ميراث اشترط او لم يشترط وهي نص في الباب ويقرب منها رواية جميل بن صالح عن عبد الله بن عمرو قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن المتعة فقلت ما حدها قال من حدودها ان لا ترثك ولا ترثها فجعل نفي الميراث من مقتضى الماهية

فيجب ان لا يثبت بها توارث مطلقا اما مع عدم الاشتراط او مع اشتراط العدم فواضح واما مع اشتراط الارث فلانه شرط ينافي مقتضى العقد على ما دل عليه الحديث فيجب ان يكون باطلا ولان الشرط لغير وارث محال لان سببية الارث شرعية لا جعلية ولان الزيادة هنا على النص نسخ لان الله تعالى عين فروض ارباب الفروض من معلوم النسبة الى كل التركة وكيفية قسمتها عليهم فلو زاد او نقص بخبر الواحد وهو غير جائز بل هنا اضعف لمخالفة الاطراف وفيه نظر لقولهم الاصل يقتضي عدمه قلنا قد ارتفع الاصل بالآية الدالة على ارث الزوجة ان كانت داخلة فيها وبما يأتي من الاخبار ان لم يكن وبانكم قد ادخلتموها في عموم الازواج في الاحكام الماضية الا ما اخرجه الدليل الخارجي وتوظيف الشارع حاصل بها هنا قوله مطلق الزوجية لا يقتضي الاستحقاق قلنا بل يقتضي الاستحقاق الا مع وجود احد الموانع وهي محصورة وكون هذه منها عين المتنازع والعام اذا اختص بغير الكافرة والقاتلة والمخصوص حجة في الباقي واما رواية سعيد بن يسار فهي اجود ما في الباب دليلا ولكن في طريقها البرقي مطلقا وهو مشترك بين ثلثة محمد بن خالد واخوه الحسن وابنه احمد والكل ثقات على قول الشيخ ابي جعفر الطوسي ره ولكن النجاشي ضعف محمدا وقال ابن الغضائري حديثه يعرف وينكر ويروي عن الضعفاء ويعتمد المراسيل واذا تعارض الجرح والتعديل فالجرح مقدم وظاهر حال النجاشي انه اضبط الجماعة واعرفهم بحال الرجال واما ابنه احمد فقد طعن عليه كما طعن على ابيه من قبل وقال ابن الغضائري كان لا يبالي عمن اخذ ونفاه احمد بن محمد بن عيسى عن قم لذلك ولغيره وبالجملة فحال هذا المشترك مضطرب فلا تدخل روايته في الصحيح ولا ما في معناه والشيخ في كتابي الاخبار حمله على ما اذا لم يشترطا الميراث او لم يشترطا فانها لا ترث الا مع الشرط جمعا بينها وبين ما يأتي من الاخبار الدالة على ثبوته مع الشرط ولا يخفى انه خلاف الظاهر الا انه طريق الجمع خير من اطراح البعض وكيف كان فليس نصا كما قيل بل ظاهرا واما رواية عبد الله بن عمرو ففي طريقها جهالة السند وان كان باقي طريقها صحيحا فلا يصلح حجة في مقابلة عموم القرآن ويمكن حملها على حالة الاطلاق من الشرط جمعا كما سبق ولا منافاة بين شرط الميراث لمقتضى العقد من حيث انه لم يرد دليل شرعي على جوازه فلا يكون سائغا وسنتكلم فيه وسيظهر الجواب عن قولهم ان الشرط لغير الوارث محال فانه انما يكون محالا شرعا حيث لا يدل دليل على صحته وان الزيادة على النص على تقدير اشتراط الارث يكون نسخا فيه منع كون الزيادة نسخا وقد حقق في الاصول سلمنا لكن لا نسلم استحالة النسخ بخبر الواحد وقد حقق في الاصول ايضا سلمنا لكن نمنع الزيادة على النص على تقديره لانها من جملة النصوص الزوجة فان قيل بالارث مطلقا فواضح وان قيل به مع الشرط فيكون العقد المذكور من موانع الارث الا مع الشرط فيرجع الى عموم الآية والرواية ثم نقول انها ان اصل العقد لا يقتضي التوارث بل اشتراطه فاذا اشترط ثبت تبعا للشرط اما مع عدمه فانتفاء الارث بدون الشرط فللادلة السابقة واما ثبوته مع الشرط فلعموم المؤمنون عند شروطهم وخصوص صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في حديث آخر فان اشترطت الميراث فهما على شرطهما وحسنة احمد بن محمد بن ابي نصر عن الرضا عليه السلام قال تزويج المتعة نكاح بميراث ونكاح بغير ميراث ان اشترطت الميراث كان وان لم تشترط لم يكن وهذا الحديث كما دل على ثبوت الارث فيه مع شرطه دل على نفيه بدونه فهو نص فيما ادعوه وهو اجود طرق الحسن لان في طريقه من الثقات ابراهيم بن هاشم القمي وهو جليل القدر كثير العلم والرواية ولكن لم ينصوا على توثيقه مع المدح الحسن فيه وبهذين الخبرين يجاب عن ادلة الفريقين الاولين الدالة على اشتراط كون الميراث سائغا الا ما فيه ثبت وعلى ان اصل الزوجية لا يقتضيه فيكون الآية مخصصة بها كما خصصت في الزوجة الذمية برواية ان الكافر لا يرث المسلم ونظيره سببية الارث مع اشتراطها يصير ثابتة بوضع الشارع وان كانت متوقفة على امر من قبل الوارث كما لو اسلم الكافر وكذا يظهر

جواب

٣١٠ جواب ما قيل انه لا مقتضي للتوارث هنا الا الزوجية ولا يقتضي ميراث الزوجة الا الآية فان اندرجت هذه في الزوجة في الآية ورثت وان لم يشترط ثبوته وبطل شرط نفيه وان لم يندرج في الزوجة في الآية لم يثبت بالشرط لانه شرط توريث من ليس بوارث وهو باطل ووجه الجواب منع تسليم الحصر في الآية الا انها بدون الشرط مخصصة بالروايتين المعتبرتين في الاسناد وبالشرط داخلة في العموم لعدم المقتضي للتخصيص وهذا وان كان غريبا في النظائر الا انه خير من اطراح الخبرين المعتبرين بل الاخبار الدالة على نفي التوارث بدونه بحملها على عدم اشتراطه جمعا ويبقى خبر سعيد بن يسار محمولا على ما حمله عليه الشيخ وان كان خلاف الظاهر لانه محتمل وبه يحصل الجمع بينه وبين هذين اذ ليس في الباب خبر معتبر الاسناد غير هذه الثلثة وليس فيها صحيح السند غير خبر محمد بن مسلم الدال على ثبوت الارث بالشرط ولعل هذا اجود الاقوال وهو مختار المصنف هنا وقبله الشيخ وابن ادريس الا انه القائل كما عرفت والحاصل من الجانبين عند كل من واحد ولكن يقع مشكلا في ارث المسلم للكافر دون العكس وارث الولد المنفي باللعان اذا اعترف به الوالد بعد ذلك فان الولد يرثه ونظائره لا استبعاد في مثل ذلك وحمل بعض الاصحاب الخبرين على ارادة الوصية باشتراط الارث لا الارث الحقيقي ولا يخفى ما فيه وثالثها عكس الثاني وهو اقتضاء العقد الارث ما لم يشترط سقوطه فيكون المقتضي للارث هو العقد بشرط لا شيء واذا شرطا ثبوته كان تاكيدا واشتراطا لما يقتضيه العقد وهذا القول اختيار المرتضى وابن ابي عقيل ووجه العمل بعموم الآية وعموم المسلمون عند شروطهم وبرواية قول الباقر عليه السلام في موثقة محمد بن مسلم في الرجل يتزوج المرأة متعة انهما يتوارثان اذا لم يشترطا وانما الشرط بعد النكاح وجوابه عموم البدل قد خص بما تقدم من الاخبار وعموم الامر بالوفاء بالشرط نقول بموجبه وخبر محمد بن مسلم ضعيف السند وفيه مع ذلك مخالفة للقواعد المعلومة وهو كون الاعتبار بالشرط المتاخر عن عقد النكاح وقد تقدم ان المعتبر ما كان فيه والشيخ في كتابي الاخبار حمله على ان المراد انهما يتوارثان ما لم يشترطا الاجل فلو شرطاه مع الاطلاق ليكون موافقا للاخبار الدالة على ان عقد المتعة لا يقتضي الارث وهو وان كان خلاف الظاهر الا انه طريق الجمع ولو اطرح لضعف سنده وقوة مخالفه امكن وقد تقدم القول في اعتبار الشيخ جعل الشرط بعد العقد وما فيه قوله اذا انقضى اجلها بعد الدخول فعدتها حيضتان وان كانت لا تحيض وهي في سن من تحيض فخمسة واربعون يوما واذا دخل الزوج بها وانقضت مدتها او وهبها اياها لزمها الاعتداد ان لم تكن يائسة وقد اختلف في تقديرها بسبب اختلاف الروايات الواردة في ذلك فذهب المصنف وجماعة منهم الشيخ واتباعه الى ان عدتها حيضتان ان كانت ممن تحيض وقال المفيد وابن ادريس وجماعة انها طهران وكان يجعلها حيضة وقال ابن بابويه في المقنع حيضة ونصف وقال ابن ابي عقيل عدتها حيضة ولكل قول من هذه الاقوال رواية والتي تستند للاول رواية محمد بن الفضيل عن ابي الحسن الماضي عليه السلام قال طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان وروى زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام ان على المتمتعة ما على الامة فمجموع الروايتين ان عدة المتمتعة حيضتان وحجة المفيد دلالة حسنة زرارة عن الباقر عليه السلام ان كان حر تحته امة فطلاقها تطليقتان وعدتها قرآن مضافا الى صحيحة زرارة هذه ووجه الدلالة من الاولى لانها حسنة ومحمد بن الفضيل الذي يروي عن الكاظم عليه السلام ضعيف وان كان العمل بها احوط لان العدة بالحيضتين ازيد منها بالقرءين ويتوقف على تمام الحجة بيان ان المراد بالقرء الطهر لا الحيض وسيأتي ان شاء الله تحقيقه في بابه واحتج ايضا برواية ليث بن البختري المرادي قال قلت لابي عبد الله عليه السلام كم تعتد الامة من ماء العبد قال حيضة ووجه الاستدلال بها ان الحيضة ما بين القرءين الذي هو الطهر محيضة وحدة يحصل القرآن القرء الذي طلقها فيه والقرء الذي بعد الحيض والتبع لها كالامة على ما تقدم ولما رواه عبد الله بن عمرو عن الصادق عليه السلام قال فكم عدتها يعني المتمتعة قال خمسة واربعون يوما او حيضة مستقيمة

والتقريب ما تقدم وفي الاستدلال بها على المطلوب نظر لان الحيضة يتحقق بدون الطهرين معا فضلا عن احدهما كالوانها المبعض
بعد انتهاء المدة بغير فصل فان الطهر السابق منتف واذا انتهت ايام الحيض تحققت الحيضة التامة وان لم يتم الطهر بل يمضي لحظة
منه ومثل هذا لا يسمى طهرا في اعتبار العدة وان اكتفي به لو كان سابقا على الحيض والاولى الاحتجاج بما ذكرناه وجعل هاتين
الروايتين حجة لمن اعتبر الحيضة الواحدة مع ان في طريق الروايتين ثم ما ذكره العلامة من التاويل للروايتين جعله
في بعض طريقا للجمع بين الاخبار وحده الا من التنافي ومثل هذا لا باس به في الحمل الا ان يحمل مستنده ابراسه صحيح ابن ابي
على اعتبار الحيضة ونصف وحسنة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق ع في المرأة يتزوجها الرجل متعة الى اجل واذا انقضت
ايامها وهي حي اعتدت بحيضة ونصف مثل ما يجب على الامة وهذه قريب من الجميع سندا لكن الاولى الاشهر بين الاصحاب ويكون حمل
الحيضة والنصف على اعتبار الطهرين وهما لا يتحققان الا بالدخول في الحيضة الثانية فالطلوع على الجزء من الحيضة الثانية باسم
النصف مجازا وهو انسب بطريق الجمع بين الاخبار واوفق لظاهر الجميع بها هذا كله اذا كانت المرأة ممن تحيض ولو لم تحض وكانت
في سن من تحيض اعتدت بخمسة واربعين يوما اتفاقا فلا كلام فيهما بين الحرة والامة قوله وتعتد من الوفاة ولو لم يدخل بها باربعة
اشهر وعشرة ايام ان كانت حائلا او بابعد الاجلين ان كانت حاملا على الاقوى ولو كانت امة كانت عدتها حائلا بشهرين وخمسة
ايام اما ان زوج المتمتع بها كالمنكوحة في عدتها للوفاة فيقع في موضعين الاول انها تكون حرة وقد اختلف الاصحاب في مقدار عدتها
فالاشهر بينهم ما اختاره المصنف من انها تعتد باربعة اشهر وعشرة ايام ان كانت حائلا وبابعد الاجلين منها ومن وضع الحمل
ان كانت حاملا كالدائم ووجهه عموم قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا الاية وصدق الزوجة عليها قبل الدخول
وبعده فتكون عدتها كما ذكر في الدائم وخصوص صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال سالته عن المرأة يتزوجها الرجل
متعة ثم يتوفى عنها هل عليها العدة قال تعتد اربعة اشهر وعشرة ايام الحديث وصحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام قال سالته ما عدة
المتعة اذا مات عنها الذي تمتع بها قال تعتد اربعة اشهر وعشرة ايام ثم قال يا زرارة كل النكاح اذا مات الرجل فعلى المرأة حرة
كانت او امة وعلى اي وجه كان النكاح متعة او تزويجا او ملك يمين فالعدة اربعة اشهر وعشرا الحديث وذهب جماعة منهم
المفيد والمرتضى الى ان عدتها شهران وخمسة ايام استنادا الى رواية عبيد الله بن علي بن شعبة الحلبي عن ابيه عن رجل عن
ابي عبد الله عليه السلام قال سالته عن رجل تزوج امرأة متعة ثم مات عنها ما عدتها قال خمسة وستون يوما ولانها كالامة في الحقوق
فكذا في الموت وضعف الخبر مرسل وفي طريقه علي بن الحسن الطاطري وهو ضعيف ومساواتها للامة مطلقا لا دليل عليه والقول المعتمد
على الاول والثاني الحكم باعتدادها اربعة اشهر وعشرا او بابعد الاجلين متفرع عليه بان من اعتبر ذلك يجعل عدة الحامل الاكثر منه ومن
من وضع الحمل ومن اعتبر نصفها يجعل ابعد الاجلين منها ومن الوضع فالفرق انما هو في عدة الحائل ويتفرع عدة الحامل الثاني
ان يكون امة وقد قطع المصنف بان عدتها شهران وخمسة ايام نصف عدة الحرة على تقدير كونها حائلا وهو مذهب الاكثر للاخبار
الصحيحة الكثيرة الدالة على ان عدة الامة من الوفاة لزوجها نصف العدة من غير فرق بين الدوام والمتعة منها صحيحة محمد بن مسلم عن
ابي عبد الله ع قال الامة اذا توفي عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة ايام ومثلها صحيحة الحلبي وغيرهما كثير وعليها حمل
الشيخ رواية ابي شعبة السابقة فخصص المرأة بالامة لمناسبتها في العدة ولا باس به وذهب جماعة من الاصحاب منهم ابن ادريس
والعلامة في المختلف الى ان عدة الامة من الوفاة كعدة الحرة مطلقا وفي صحيحة زرارة السابقة ما يدل عليه ويشكل بمعارضتها بما هو اكثر
الكثيرة وربما كانت مع سندا وان شاركتها في وصف الصحة ومع ذلك ففيها اشكال وهو تضمنها ان عدة الامة في الدوام

كالحرة ولا قائل به وكونها في الدوام على النصف يقتضي اولويته في المتعة لان عدتها الضعف في كثير من افرادها واصل بكاهما
فلا يناسبها ان يكون اقوى هنا وان كان العمل بها احوط ولو كانت الامة حاملا اعتدت بابعد الاجلين من المدة المذكورة
ووضع الحمل ولم ينبه عليه المصنف الا على ذكره في الحرة اما اذا كانت الاشهر ابعد فظاهر التحديد بها في الاية والرواية واما اذا كان
الوضع ابعد فلامتناع الخروج من العدة مع بقاء الحمل لانه اثر ماء الميت الذي يقصد به العدة او الحرة والعموم قوله تعالى
واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن فلابد من مراعاة العام وذلك بابعد الاجلين وشبهه انتقاع من مزيد تحقق
قوله الثالث في نكاح الاماء وهو اما بالعقد المراد بالنكاح هنا الوطء لا العقد وان كانت حقيقة في العقد وقسيمه
الى وطء من بالملك لا يتحقق العقد وحصر الاول في الامرين المنع من غيرهما وعليه قوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت
ايمانهم فان الاستثناء في سياق النفي يفيد الحصر والنكاح بالتحليل يرجع الى احدهما والاظهر انه تمليك المنفعة فيدخل
في الملك وقيل انه عقد فيدخل فيه قوله لا يجوز للعبد ولا للامة ان يعقدا لانفسهما نكاحا الا باذن المالك فان عقد
احدهما من غير اذن وقف على اجازة المالك وقيل يكون اجازة المالك كالعقد المستانف وقيل يبطل فيهما ويلغو الاجازة وفي
قول رابع مفصل اختصاص الاجازة بعقد العبد دون الامة والاول اظهر قد تقدم الكلام في ان عقد النكاح
اذا وقع فضوليا هل يكون باطلا او موقوفا على الاجازة فمن قال بالبطلان ثم ابطل هنا ومن قال بوقوعه موقوفا اختلفوا
هنا فمنهم من اوقفه هنا ايضا على اجازة السيد فان اجاز صح والا بطل وهذا هو الذي اختاره المصنف والاكثر وهو
الاقوى وقد تقدم ما يدل عليه بخصوصه حسنة زرارة عن الباقر ع قال سالته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده قال ذاك
الى السيد ان شاء اجاز وان شاء فرق بينهما والقول بكون اجازة المالك كالعقد المستانف للشيخ في النهاية قال من عقد
على امة غيره بغير اذن مولاها كان العقد باطلا فان رضي المولى بذلك العقد كان رضاه به كالعقد المستانف يستباح به
الفرج وقد اختلف في تنزيل كلام الشيخ فان ظاهر النص الحكم ببطلان العقد ثم الاكتفاء عنه بالاجازة وجعلها تجديد
للنكاح كالعقد فالعلامة في المختلف على ان المراد بكونه باطلا انه يؤول الى البطلان لان ما يقع باطلا في نفسه لا يصح باجازة المولى
وعلى هذا فيكون قوله كالقول الاول وقريب منه تاويل المهذب في نكت بمعنى عدم الافادة لملك البضع لا بمعنى عدم
اصلا فاذا اجاز المولى العقد ملك به البضع فالمعنى ربما يتبع الشيخ رواية الوليد بن صبيح عن الصادق عليه السلام ان كان
الذي تزوجها من غير اذن مولاها فالنكاح فاسد ثم لما اجمعنا على ان اجازة المولى لعقد الفضولي صحيحة في النكاح
جمع بين الامرين بذلك وهذا التنزيل لا يطابق جملته في الكتاب لقوله بمغايرة القول لوقوعه على الاجازة ومنهم من
اول كلام الشيخ بان مراده بطلان العقد يكون باطلا بدون الاذن او ما يلحقها ذكرا والا لكن الاجازة تقوم مقام التحليل
فيكون الرضا عبارة عن التحليل ومن ثم خصها في الامة لان العبد لا يتاتى فيه ذلك وفيه نظر لان التحليل محصور في عبارات
وليس الرضا منها فليس بتحليل ولا عقد لانه حكم ببطلانه والاولى تنزيل كلام الشيخ على المعنى الاول وجعلها قولا واحدا
لان اطلاق البطلان على الموقوف كثير شايع وهو شبهه من حيث اشتراكهما في عدم ترتب الاثر ويؤيد ذلك ان المصنف
جعل القول المذكور شاملا للعبد والامة مع ان الشيخ خصه بالامة وتخصيصه بالامة الحمل على التاويل الاخير والقول
بالبطلان فيهما لابن ادريس وتبع حكمه بصحة نكاح الفضولي في غير المملوك محتجا بالنهي المقتضي للفساد وقد عرفت فساد كليته
ويرد عليه منعه من كليته واما الاحتجاج له بما روي عن النبي ص ايما مملوك تزوج بغير اذن مولاه فنكاحه باطل فلا ينافي

الحرية مجهولة ...

احوط ابن ادريس لان طريقه علي وهو لا يكفي به لو كان خلصها والقول بالفرق بين نكاح العبد والامة بغير اذن المولى فيبطل الاول ويبطل
الثاني لابن حمزة ومستنده على البطلان ما تقدم وعلى الصحة في العبد رواية زرارة السالفة المتضمنة وقوف تزويج المملوك
على اجازة سيده وهو طرف في الذكر ودق اخرها ابن بابويه ايضا لانه قال قلت لابي جعفر عليه السلام ان الحكم بن عيينة وابراهيم بن
النخعي واصحابهما يقولون ان اصل النكاح فاسد فلا يحل باجازة السيد فقال له ابو جعفر عليه السلام انه لم يعص الله انما عصى سيده
فاذا اجازه فهو له جائز وربما قيل بان المملوك شامل للذكر والانثى فيفيد الحكمين وقد ورد التصريح بحكم العبد في رواية زرارة
ايضا عنه ع قال سالته عن رجل تزوج عبده بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه قال ذلك لمولاه ان شاء فرق بينهما
وان شاء اجاز نكاحهما قوله ولو اذن المولى صح وعليه مهر مملوكه ونفقة زوجته ولمهر امته ونفقتها ... قد تقدم الكلام في مهر
زوجة المملوك ونفقتها هل هي على المولى او في كسب العبد وبيان المختار في ذلك وانما اعاده لمناسبة الباب واما كون مهر
الامة لمولاها فلانه عوض بضعها وهو مملوك له فيكون المهر الذي هو عوضه كذلك قوله وكذا لو كان بين اثنين فصاعدا افتقر الى اذن الكل
او اكثر فاذن بعضهم لم يمض الا برضا الباقين او اجازتهم بعد العقد على الاشبه لا فرق في توقف نكاح المملوك على اذن مالكه
بين كونه متحدا ومتعددا لتحقق المالكية لكل واحد في الجملة فيتوقف نكاح العبد بغير اذنه عقلا وشرعا والقول بوقوع النكاح موقوفا
على اذن جميع الملاك او باطلا كالقول في المالك المتحد وكذا القول في المهر والنفقة فيتوزع على كل واحد بمقدار ما يخصه من الملك
قوله اذا كان الابوان رقا كان الولد كذلك فان كانا لمالك واحد فالولد له وان كانا لاثنين كان الولد بينهما نصفين ولو
اشترط احدهما او شرط زيادة عن نصيبه لزم الشرط لا كلام في الولد اذا كان ابواه رقيقين يكون رقا اذ لا موجب لحريته لانه
هو تابع لهما فان كانا لمالك واحد فالولد له وان كان كل منهما لمالك فالولد بينهما نصفا لانه نماء ملكهما لا مزية لاحدهما على
الاخر بخلاف باقي الحيوانات فان الولد لمالك الام وفرقوا بينهما بان النسب مقصود في الادميين وهو تابع لهما فيه بخلاف
غيره من الحيوانات فان النسب غير معتبر والنمو المعتبر فيه لاحق بالام خاصة وفي الفرق نظر الا ان يكون هناك اجماع مع
ان ابا الصلاح ذهب الى انه يتبع الام كغيره من الحيوانات ولو شرط احد المولين انفراده بالولد او زيادة عن نصيبه صح الشرط لعموم
المؤمنون عند شروطهم قوله لو كان احد الزوجين حرا لحق الولد به سواء كان الحر هو الاب او الام الا ان يشترط المولى رق
الولد فان شرط لزم الشرط على قول مشهور اذا كان احد الابوين حرا والاخر مملوكا فالمشهور بين الاصحاب كون الولد حرا تبعا للاخبار
الكثيرة الدالة عليه منها حسنة ابن ابي عمير عن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام في العبد يكون تحته الحرة قال ولده احرار
فان اعتق المملوك لحق باحرار ومنها حسنة اخرى لابن ابي عمير عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام قال سالته عن الرجل الحر يتزوج بامة قوم
الولد مماليك او احرار قال اذا كان احد ابويه حرا فالولد احرار وفي رواية اخرى عن جميل بن دراج وفي طريقها الحكم بن مسكين عن ابي عبد الله ع
قال اذا تزوج العبد الحرة فولده احرار واذا تزوج الحر الامة فولده احرار وغير ذلك من الاخبار والاكثر حوزها طريقا لما تقدم وخالف
في الحكم ابن الجنيد فجعل الولد تابعا للمملوك من ابويه الا مع اشتراط الحرية لانه نماء مملوك فيتبعه ولان حق الادمي يغلب ادا اجتمع
مع حق الله تعالى ولرواية ابي بصير قال لو ان رجلا دبر جاريته ثم زوجها من رجل فوطئها كانت جاريته وولدها منه مدبرين كما لو ان رجلا
اتى قوما فتزوج اليهم مملوكتهم كان ما ولد لهم مماليك ورواية الحسن بن زياد قال قلت له امة كان مولاها يقع عليها ثم بدا له فزوجها
ما منزلة ولدها قال بمنزلتها الا ان يشترط زوجها واجيب بضعف الروايتين وقطعهما فيقصران عن معارضة الروايات الكثيرة الدالة
على تبعية الولد للحر ومنع تقديم حق الادمي هنا لان الحرية اقوى ومن ثم بني العتق على التغليب والسراية ولان الاصل في الانسان

الحرية خرج منه ما اخرجه الدليل فيبقى ما سواه هذا كله مع الاطلاق اما اذا شرط الحرية فلا اشكال في تحققها ولو شرط الرقية
فالمشهور بين الاصحاب صحة الشرط لعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله ع المؤمنون عند شروطهم ولرواية ابي بصير السابقة
فان الشيخ نزلها على الشرط ومورده وان كان مخصوصا بالامة الا انه لا قائل بالفرق والمصنف نسب القول الى الشهرة ايذانا بضعف
مستنده وصورته فان عموم الاخبار السابقة يتناول محل النزاع ووجه عمومها من حيث الحكاية في ترك الاستفصال فيما اشتمل
ورواية ابي بصير مع ما فيها من ضعف السند والقطع لا تدل على مطلوبهم وانما حملها الشيخ على ذلك لان ظاهرها المنافاة للاخبار
السابقة واما عموم الاية والخبر فشروط يكون الشرط مشروعا والحرية امر محقق بجعل الله تعالى ومن ثم كان حر ابتداء الشرط
فلا يدخل الشرط في تغييرها كما لو شرط رقية ولد الحر ولان الولد ليس ملكا للزوج حتى يصح اشتراط حريته وانما الحر ...
من ثم لم يجز اشتراط رقية حر الاصل ولا يشرع اشتراط الرقية وبذلك يكون مستثنى من العموم وهذا هو الاقوى وان كان
خلافه ثم على تقدير فساد الشرط ينبغي ان يتبعه فساد العقد لعدم وقوع التراضي بدونه وان لم يحصل ويحتمل صحة العقد مع
فساد الشرط وقد تقدم له نظائر ويتفرع على ذلك ما لو وطئها بهذا العقد ولدها فان صححنا العقد فالولد حر وكذا ان
قلنا بفساده وكان جاهلا بالفساد وكان عالما فهو زان والولد رق تبعا للامة لا بالشرط وان قلنا بصحة الشرط لم
يسقط بالاسقاط وانما يعود الى الحرية بسبب جديد يملكه الاب ونحوه واعلم ان الرواية المذكورة رواها الشيخ في بعض طرقه
يتبعه العلماء على ذلك فرضوها بالقطع سواء عملوا بها ام لا مع انه في الاستبصار اوصلها الى ابي عبد الله عليه السلام فخرجت بذلك
لكن لم تخرج بسبب الاضطراب من حيث ان الراوي واحد ويبقى فيها ضعف السند فان في طريقها ابا سعيد وهو مجهول او مشترك
بين الثقة والضعيف قوله اذا تزوج الحر امة من غير اذن المالك ثم وطئها قبل الرضا عالما بالتحريم كان زانيا وعليه الحد ولا
مهر ان كانت عالمة مطاوعة ولو اتت بولد كان رقا لمولاها وان كان الزوج جاهلا او كان هناك شبهة فلا حد ووجب المهر
وكان الولد حرا لكن يلزمه قيمته لمولى الامة يوم سقط حيا اذا تزوج الحر الامة من غير اذن مالكها ثم وطئها قبل الرضا فلا يخلو
اما ان يكونا عالمين بالتحريم او جاهلين او بالتفريق فالصور اربعة الاولى ان يكونا عالمين بالتحريم فالوطء زنا يثبت عليهما
الحد بحسب حالهما وفي ثبوت المهر للمولى قولان احدهما وبه قطع المصنف لانها زانية ولا مهر للزانية لقوله لا مهر لبغي وهو نكرة
في سياق النفي فيعم موضع النزاع واللام هنا للاختصاص الدال على مطلق المقابلة مثلها في قولك لا اجرة للدار ولا للدابة
ولا للعبد وهو ان لم يشمل الملك والاستحقاق ولان البضع لا يثبت لمنافعه عوض الا بعقد او شبهه او اكراه لها فيخرج عن
كونها بغيا والثاني ثبوت المهر للمولى لان البضع ملكه فلا يؤثر علمها ورضاها في سقوط حقه والخبر مع تسليمه لا يتناول
محل النزاع من وجهين احدهما ان المهر مختص بالحرة ولا يقال للعوض في بضع الامة مهر الا مجازا بل يطلق عليه اسم العقر او
العشر او نصفه او نحو ذلك ومن ثم يطلق عليه على الحرة اسم المهيرة مقابلة لغير مهيورة ويسلف فيه قريب قوله لو زوجت
مهيرة فادخل عليه بنت امة والثاني من جهة اللام فان المنفي انما هو ملك البغي المهر او استحقاقها له او
اختصاصها والثلاثة منتفية عن الامة لان المختص بها انما هو المولى واستحقاقها له او ملكه ذلك وعلى تقدير استعمالها في
مطلق المقابلة فمعناها مشترك لا يحمل على احد معانيه بدون القرينة وهي منتفية هنا ان لم يكن في الاستحقاق والملك
اظهر بقرينة المهر المختص بالحرة وهذا القول متجه الا انه يتوقف على اثبات كون البضع مضمونا على هذا الوجه فان ما ثبت
ليس على نهج الاموال المحضة ليكون مطلق الاستمتاع به موجبا للعوض وانما يتحقق العوض به على وجه مخصوص فانه لو

والمشترك

قبل العلم بلو كان العقد اذ استمتع بها بما دون الوطي لم يكن له عوض عن ذلك الا ما لو استخدمها والغرض عدم نقصانها بسببه والثابت على
العقوبة الدنيوية والاخروية وما سواه محتاج الى دليل وهو حاصل مع العقد او الشبهة نعم لو كانت بكرا لزمه ارش البكارة لانها
جناية فلا يدخل في المهر وان دخلت فيه على بعض الوجوه وربما احتمل كونه مهر الامة لان الشارع جعله تبعا للوطي فيلحق فيه الكلام في
السابق والاصح الاول لان الجناية على المال المملوك الموجبة لنقص المالية مضمونة بغير اشكال الخ وانما الحكم لولا الكلام
من ذلك فانه يكون رقا لمولاها بغير اشكال كالحمل كل امة علقت بالامة من زنا الثانية ان يكون جاهلا بالتحريم اما باعتقاد
تحريم التزويج بغير اذن مالك الامة او بغيره ولكن حدث له الشبهة بالحلية اذ لكان وجدها على فراشه فظنها زوجته او امته
وان كان قد عقد عليها او لا فان مجرد العقد لا اثر له ونحو ذلك فلا حد عليهما للشبهة الدارئة له وعليه
هنا قطعا وهل هو المسمى او مهر المثل قولان تقدم مثلهما ...
[illegible]

٣١٥

...العقد بالاجازة فان انتفت انتفت لعدم الزوجية التي هي مناطها هنا قوله اذا تزوج عبد بامرأة لغير مولاه فان اذن المولى...

[illegible]

٣١٦

[illegible]

ويتزوجها ويجعل صداقها عتقها فافعل وروى عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام قال قلت رجل قال لجاريته أعتقتك وجعلت عتقك
مهرك فقال جائز وروى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل يعتق الأمة ويقول مهرك عتقك فقال حسن وغيرها
من الأخبار وقد أورد المصنف في النكت على ذلك سؤالات وأجاب عنها وحاصلها أنه كيف يجوز أن يتزوج جاريته وهي ملكه ثم
بعض التزويج وكيف يتحقق الإيجاب والقبول وهي مملوكة وأن المهر يجب أن يكون متحققا قبل العقد ومع التزويج الذي هو مذهب الأكثر
لا يكون متحققا ثم يلزم منه الدور فإن العقد لا يتحقق إلا بالمهر الذي هو العتق والعتق لا يتحقق إلا بعد العقد وأجاب
بأنه إنما يمنع من العقد على ملكه مع بقائها رقيقة وليست باقية هنا لأن العتق والعقد متقاربان ولأنه كما يجوز أن يعقد
لغيره عليها لعدم تملك ذلك الغير جاز أن يعقد عليها لنفسه لعدم استقرار ملكه فإنها تصير حرة ويمنع وجوب تحقق
المهر قبل العقد ولم لا يجوز أن يكتفي بمقارنته العقد وهو هنا كذلك فإن المهر العتق وهو مقارن للعقد سواء تقدم
التزويج أو تأخر والدور غير لازم لأنا نمنع توقف العقد على المهر وإن اشترط فإن العقد عليها في نفسه جائز ولها
صلاحية الإصداق كغيرها فلم لا يجوز جعلها أو جعل فك ملكها مهرا لها ثم لو سلمنا المنافاة لكانت هذه المسألة للأصول فقد
ورد النقل المستفيض عن أهل البيت عليهم السلام بجوازه على وجه لا يمكن رده فيجب المصير إليه ويصير أصلا بنفسه كما صار ضرب الدية
على العاقلة أصلا وإن اعترض عليه المتعقد واختلف الأصحاب في اشتراط تقديم التزويج على العتق وعكسه وجواز كل منهما والمشهور
بينهم اشتراط تقديم التزويج وهو مذهب الشيخ في النهاية وأتباعه وجماعة ومنهم المصنف في النافع لرواية علي بن حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام
قال سألته عن رجل قال لأمته أعتقتك وجعلت مهرك عتقك فقال عتقت وهي بالخيار إن شاءت تزوجته وإن شاءت
فلا فإن تزوجته فليعطها شيئا وإن قال قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقك فإن النكاح واقع ولا يعطيها شيئا ورواية محمد بن
آدم عن الرضا عليه السلام في الرجل يقول لجاريته قد أعتقتك وجعلت صداقك عتقك قال جاز العتق والأمر إليها
إن شاءت زوجته نفسها وإن شاءت لم تفعل فإن زوجته نفسها فأحب له أن يعطيها شيئا ونحو ذلك لأنهما على الحكم مع قطع
النظر عن سندهما لا يدلان على اشتراط تقديم العتق بعينه مع التصريح بالتزويج وهو منتف في الروايتين فإنه لم يذكر
فيهما سوى العتق والمهر ولم يصرح بالتزويج ويقال بالعلية لتصريحه بالبطلان في رواية علي بن جعفر مع تقديم التزويج الذي
هو مطلوبهم فكيف يستدلون على اشتراط تقديمه بها واستدلوا أيضا بما ذكره المصنف من أن العتق لو سبق صارت حرة فلم
يتحقق تزويجها بدون رضاها بل كان لها الخيار في القبول والامتناع وجوابه ما سبق من أن الكلام لا يتم إلا بآخره
فلا يقع العتق بدون التزويج كما لو قال أعتقتك وعليك خدمة سنة فإنه يقع العتق ويلزم الخدمة وذهب الشيخ في الخلاف
وأبو الصلاح إلى اشتراط تقديم العتق واختاره فخر الدين في شرحه لرواية عبيد بن زرارة السابقة عن
الصادق عليه السلام المتضمنة لتقديم قوله أعتقتك فقال جائز وأورد عليها أن المطلوب اللزوم والجواز أعم منه وأجيب بأن المتبادر
من مثل هذا الجواب إرادة الصحة لأن السؤال إنما هو عن حكم هذا العقد من حيث صحته وفساده فإذا أجيب بالجواز كان بمعنى الصحة
وهو مجاز شائع ولأنه يلزم من الصحة اللزوم ويمنع أن يكون جائزا ويمنع أن يراد بالجواز الإذن في الأول لأن النكاح على هذا التقدير غير لازم بل
إما واقع لازما أو غير واقع وأيضا فالسؤال عن اللزوم فلو أريد غيره لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ولو تم السؤال في الرواية
أيضا خلوها من لفظ التزويج كالأوليين وأجيب بأن اعتبار لفظه لا خفاء فيه فلعل السائل اعتمد على ظهوره واقتصر في
السؤال على موضع الحاجة وفيه أنه وارد في الأوليين وقد دفعه بذلك واحتجوا أيضا بما ذكره المصنف من أن بضع الأمة مباح لمالكها

بدون العقد فلا يستباح بالعقد فلا بد من تقديم العتق ليقع العقد على الحرة وضعف بأن الكلام إنما يتم بآخره ولولا ذلك لم يصح
جعل العتق مهرا لأنه لو حكم بوقوعه بأول الصيغة امتنع اعتباره في التزويج المتأخر بعده ومن دليل الفريقين وجوابه ظهر أن الحق
عدم الفرق بين تقديم العتق والتزويج وهو الذي يحسنه المصنف وأكثر المتأخرين بقي في المسألة بحث آخر وهو أنه هل يفتقر صحة النكاح مع
الصيغة الواقعة من المولى إلى لفظ من الأمة يدل على الرضا أم لا الظاهر من إطلاق النصوص والفتاوى عدمه ولأن حل الوطي ثابت له وهو في معنى
التزويج فإذا أعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها كان في معنى استثناء حل نكاحها من مقتضيات العتق لأن مقتضاه تحريم ذلك
ولأنها حال الصيغة رقيقة فلا اعتبار برضاها فلو اعتبر لزم بطلان ما وقع من المولى لأنه قائم مقام القبول من حيث أنه وظيفته
الإيجاب من جانبها ولا بد من كمال المتعاقدين حال الإيجاب والقبول ولا يمنع من كونها رقيقة لأنها تمتاز عن الحرة حيث تصير حرة تماما
رقبتها بالفرق مستقرة ولولا ذلك لامتنع تزويجها لأن الواقع منها بمنزلة الإيجاب وإن كان بلفظ القبول لحصول ما يعتبر في العقد في
اللفظ الواقع من المولى فكان المعتبر من جانبها مجرد الرضا به سواء سميناه إيجابا أو قبولا والأول أقوى قوله وأم الولد لا ينعتق
إلا بعد وفاة مولاها من نصيب ولدها ولو عجز النصيب سعت في المتخلف ولا يلزم ولدها السعي فيه وقيل يلزم والأول أشبه لأن الأدب
أن مجرد الاستيلاد ليس سببا في العتق نعم تتشبث به بالحرية وإنما يعتق بموت المولى لأن ولدها ينتقل إليه منها شيء فينعتق جميعا
إذا كان هو الوارث خاصة فينعتق عليه ما يرثه منها لما علم من أن ملك الولد لأحد أبويه يوجب عتقه عليه مطلقا ولو بقي منها شيء أو ينعتق
جميعا إذا كان هو الوارث خاصة فينعتق عليه ما يرثه منها لما علم من أن ملك الولد لأحد أبويه يوجب عتقه عليه مطلقا ولو بقي منها شيء خارج
عن ملكه سرى إليه العتق وإن كان نصيبه من التركة يفي به وإلا عتق بقدره ولو عجز النصيب عن التخلف فيها سعت فيه ولا
يلزم ولدها السعي فيه ولا يسري عليه لو كان له مال من غير التركة لما تبين أن السراية مشروطة بالملك الاختياري و
الإرث ليس منه وإنما سرى عليه في باقي نصيبه من التركة والأحكام الأصل ينقضي ولا يعتق عليه سوى نصيبه منها والقائل بوجوب
سعي الولد في فك باقيها ابن حمزة وقريب منه قول الشيخ في ط فإنه أوجب على الولد فكها من ماله وقال في النهاية يجب السعي على الولد إذا
كان ثمنها دينا على مولاها ولم يخلف غيرها والأقوى الأول لأصالة البراءة من وجوب التحصيل وعدم المقتضي للسراية عليه حيث يجب
عليه من فكها من بقية ماله لعدم الاختيار في ملكه لها وهذه المسألة من باب الاستيلاد وإن سنذكرها بعبارة أخرى وإنما ذكرها هنا
ليفرع عليها ما سيأتي من قوله ولو كان ثمنها دينا فتزوجها إلى آخره فإنه من مسائل النكاح قوله ولو مات ولدها وأبوه حي جاز
بيعها وعادت إلى محض الرق التقييد بموته مع الحياة فإنه لو مات بعد فإنه يعتق عليه كما مر وسيأتي قوله عادت إلى محض
الرق على أنها بالاستيلاد لم تخرج عن أصل الرق وإنما تتشبث بالحرية من حيث صلاحيتها للعتق بموت سيدها وولدها حي فإذا مات الولد
في حياة سيدها زالت العلاقة التي تشبثت بها وصارت إلى الرق المحض المجوز للبيع وغيره وهذا مذهب علمائنا وخالف فيه الجمهور قوله ولا يجوز
بيعها مع وجود ولدها إلا في ثمن رقبتها إذا لم يكن لمولاها غيرها وقيل يجوز بيعها بعد وفاة سيدها في ثمن رقبتها وإن لم يكن ثمنها له إذا كانت الديون
محيطة بتركته بحيث لا يفضل عن الدين شيء أصلا لا خلاف في جواز بيعها في ثمن رقبتها إذا مات مولاها ولم يخلف سواها واختلفوا فيما لو كان
حيا في حال التزويج والأقوى جواز بيعها في الحالين وهو الذي قطع به المصنف ولم يفرق بين الأمرين ولم ينقل خلافا فيه لعدم القائل به
مستند ويدل على جواز بيعها في ثمن رقبتها مطلقا رواية عمر بن يزيد عن الصادق عليه السلام قال سألته عن أم الولد تباع في الدين قال نعم في ثمن
رقبتها وروى عمر بن يزيد في الصحيح قال قلت لأبي إبراهيم عليه السلام أسألك قال سل قلت لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد قال في فكاك
رقابهن قلت وكيف ذلك قال أيما رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدى عنه أخذ ولدها منها وبيعت فأدي ثمنها

قلت فيبعن فيما سوى ذلك من دين قال لا وهذه الرواية كما دلت على جواز بيعها في ثمن رقبتها في هذه الحالة الشاملة لموت المولى
دلت على عدم جواز بيعها في غيره من الديون الشامل لما لو استغرقت التركة والقول بجواز بيعها فيه وإن لم يكن ثمنها
مع موته واستغراق الدين للتركة لابن حمزة واختاره الشهيد في اللمعة وتوقف في الحدود وجهه أن عتقها إنما هو بموت مولاها من
نصيب ولدها ولا نصيب له على تقدير استغراق الدين التركة لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين ولرواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام
في نحوها قال وإن مات وعليه دين قومت على ابنها فإن كان ابنها صغيرا انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على قيمتها وجوابه أن الأقوى انتقال
التركة إلى الوارث مطلقا وإن منع من التصرف فيها على تقدير استغراق الدين فينعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين ويلزمه أداء
مقدار قيمة النصيب من ماله والرواية قاصرة سندا ودلالة وشاملة على الأحكام على ما لا يوافق الأصول فلا اعتماد عليها قوله
ولو كان ثمنها دينا فتزوجها المالك وجعل عتقها مهرها ثم أولدها وأفلس بثمنها ومات بيعت في الدين وهل يعود ولدها رقا
قيل نعم لرواية هشام بن سالم والأشبه أنه لا يبطل العتق ولا النكاح ولا يرجع الولد رقا لتحقق الحرية فيه هذا القول المذكور للشيخ
في النهاية وأتباعه وقبله لابن الجنيد تعويلا على صحيحة هشام بن سالم عن أبي بصير قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل
جارية بكذا إلى سنة فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد وتزوجها وجعل مهرها عتقها ثم مات بعد ذلك بشهر فقال أبو عبد الله عليه السلام
إن كان الذي اشتراها إلى سنة له مال أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها فإن عتقه ونكاحه جائز وإن لم
يملك مالا أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها كان عتقه ونكاحه باطلا لأنه أعتق ما لا يملك وأرى أنها
رق لمولاها الأول قيل له وإن كانت علقت من الذي أعتقها وتزوجها ما حال ما في بطنها قال الذي في بطنها مع أمها كهيئتها
قال المصنف في النكت إن سلم هذا النقل فلا كلام لجواز استثناء هذا الحكم من جميع الأصول المنافية لعلة لا يعلمها لكن عندي أن
هذا خبر واحد لا يعضده دليل فالرجوع إلى الأصل أولى وهنا متوجه ردها وقبله الفاضل ابن إدريس لمنافاتها الأصول الشرعية
المقتضية لعتق التزويج والعتق لمصادفتهما الملك الصحيح وصدورهما من أهلهما في محلهما المقتضي لصحتهما وحرية الولد وقد
اختلف المتأخرون في تأويلها لاعتنائهم بها من جهة صحة السند فحملها على وقوع العتق والنكاح والشراء في مرض الموت
على مذهبه من بطلان التصرف المنجز مع وجود الدين المستغرق ومن ثم يرجع رقا ويبقى بطلان النكاح وبحصر السيد جميل الآثار
ورد بأن الرواية اقتضت عودها وعود ولدها رقا كهيئتها قال المصنف في النكت وتأويلها لا يتم إلا في عودها إلى الرق لا في عود الولد
لأن غايته بطلان العتق في المرض فيبقى أمته فإذا وطئها الحر لا ينقلب الولد رقا بل غايته أن تقسم ما يساوي في الدين وأجاب ولده
فخر الدين عن ذلك بأنه ليس في الرواية ما يدل على رقية الولد إذ ليس فيها إلا قوله كهيئتها وهو أعم من أن تكون كهيئتها في حال الحكم
بحريتها قبل ظهور عجزه عن الثمن فيكون حرا أو بعده فيكون رقا ولا دلالة للعام على الخاص بإحدى الدلالات ورده الشهيد في
شرح الإرشاد بأن هذا كلام على النص فإن المفهوم من قوله كهيئتها ليس إلا تحكيم حكمها في السؤال وقد حكم قبل ذلك بأنها رق فيكون
الولد رقا فهو دال على رقية الولد بالمطابقة إذ هذا اللفظ موضوع لهذا المعنى وتجويز مثل هذا التأويل يمنع التمسك بجميع النصوص
وفي الفوائد ما لا يخفى وقد ظهر بذلك أن الحمل لا يتم في الولد ومشكل في الأم أيضا من وجه آخر وهو أن الرواية دلت على عودها
للبائع ومقتضى الحمل المذكور جواز بيعها في دينه لا عودها إلى ملكه وحملها بعضهم على فساد البيع وعلم المشتري به فإنه يكون زانيا
يلحقه الأحكام ورد بأن الرواية تضمنت أنه إذا خلف ما تقوم بقضاء ما عليه يكون العتق والنكاح جائزين ومع القول بفساد البيع
لا يكون جوازهما سواء خلف شيئا أم لا وحملها الثالث على أنه فعل ذلك مضارة والعتق يشترط فيه القربة ورد بأنه لا يتم أيضا في الولد

وأقول إن الموجب لهذا الاضطراب والتكلف لهذه الرواية المخالفة للأصول هو ما اعتقدوه من صحة سندها وقد صرح بصحتها جماعة
من الأصحاب المعتبرين كالعلامة وتلميذيه فخر المحققين والعميد والشهيد وغيرهم وفي صحتها عندي نظر من جهة أن أبا بصير الذي
روى عن الصادق عليه السلام مشترك بين اثنين ليث بن البختري وهو المشهور الثقة المتفق على ثقته ويحيى بن القسم الأسدي وهو واقفي
ضعيف مخلط وكلاهما يطلق عليه هذه الكنية ويكنيان بأبي محمد وربما قيل إن الأول الأسدي أيضا وكلاهما روى عن أبي
عبد الله عليه السلام فمع الإطلاق يحتمل كونه كلا منهما وقد يحصل التمييز بإضافة الاسم فإنه واقع في كثير من الروايات وقد يحصل
بالوصف كقول أبي بصير في رواية الصلاة في دم القروح إن قائدي أخبرني أنك صليت في ثوبك دم فإنه صريح في كونه
أبا بصير الضعيف لأنه كان مكفوفا يحتاج إلى القائد وهذا الإشكال آت في كل رواية يرد فيها أبو بصير ويطلق فينبغي التنبه
له فإن إطلاق الأصحاب الصحة على روايات كثيرة في طريقها أبو بصير مطلقا والأمر ليس كذلك هذا مع قطع النظر عن حال هشام بن سالم
وما كان عليه من الاعتقاد المشهور والله يتولى سرائر عباده الثاني أن الشيخ رحمه الله ذكر هذه الرواية في التهذيب بثلاث طرق اثنان
منها عن هشام بن سالم عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام كما ذكرناه سابقا والثالث عن هشام عن أبي عبد الله عليه السلام
بغير واسطة ورواها الكليني في الكافي أيضا عن هشام عنه عليه السلام بغير واسطة وهذه الرواية هي التي يظهر من المصنف اختيارها لأنه
نسبها إلى هشام خاصة وكذا فعل أيضا سابقا في كتاب العتق فإنه أعادها هناك وحينئذ فيكون الرواية مضطربة الإسناد ولا
في الاستنباط من صحة الرواية كما قرر في علم دراية الحديث والغرض أن هذه الرواية مقطوعة الصحة في سندها كما ذكره مع
أنها حيث يخالف الأمور القطعية التي تشهد بها الأصول الشرعية واعلم أيضا أن الرواية تضمنت كون الثمن نسيئة وكان ينبغي
لمن عمل بمضمونها الجمود على النص والتقييد به لأن الإلحاق هنا ممتنع ولم يجز ذلك فإن الشيخ في النهاية أطلق الحكم في الثمن
بكونه دينا سواء كان نسيئة أم حالا واتبعه المصنف وغيره في نقل القول وكذلك قيد في الرواية الأمة بكونها بكرا أو ثيبة وهي
حامل ويكون النسيئة إلى سنة والشيخ لم يعتبر ذلك نظرا إلى عدم مدخلية مثل ذلك في اختلاف الحكم ويكون الفرق بين موته حالا
كما ذكر وموته بعد ومنعها التبعية للحمل الحامل في كثير من الأحكام أوسط عند قوم ولو كان بدل الأمة عبدا فاشتراه نسيئة أو
مطلقا وأعتقه فلا لحوق لأن الحكم فيه ما ذكر واتحاد طريق المسألتين وعلى المختار من رد الرواية مطلقا يسهل الخطب وإن كان ولا بد
فالاقتصار على المنصوص قوله وأما البيع فإن باع المالك الأمة كان ذلك كالطلاق والمشتري بالخيار بين إمضاء العقد و
فسخه وخياره على الفور فإذا علم ولم يفسخ لزم العقد المراد بكون البيع كالطلاق مساواته له في البينونة في الجملة
لا من كل وجه إذ لا يعتد والنفي المطلقات الموجبة ولا يوجب انفساخ النكاح بنفسه بل يوجب الخيار للبائع والمشتري بخلاف الطلاق
والأصل في هذه العبارة ما رواه في الصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال طلاق الأمة بيعها أو بيع زوجها وقال في الرجل يزوج أمته
رجلا آخر ثم يبيعها قال هو فراق بينهما إلا أن يشاء المشتري أن يدعهما وربما توهم انحصار الطلاق في البيع من حيث أنه وقع مبتدأ
خبره البيع والمبتدأ منحصر في الخبر ويندفع بمنع الانحصار وإنما المراد التشبيه به كما ذكرناه ويؤيده قوله في خبر بريد بن معاوية
عنه من اشترى مملوكة لها زوج فإن بيعها طلاقها فإن شاء المشتري فرق بينهما وإن شاء تركهما على نكاحهما فعكس الإسناد ولا
في الحكم بعد النقل بقاء النكاح لأن ما في هذه الحالة نصرة المالك إذ قد لا يناسبه بقاء النكاح فجعل له طريق إلى التخلص
بالفسخ ولا فرق بين كون البيع قبل الدخول وبعده ولا بين كون الزوج حرا ومملوكا ولا بين كون المالك واحدا أو أكثر وكون
الخيار على الفور اقتصارا في الحكم المخالف للأصل على ما يندفع به الضرورة فلو أخر لا لعذر سقط الخيار والجاهل بأصل الخيار معذور

لانه ما يخفى على كثير من الناس والتطهر بالعبودية فهي كونه عند الوجه السابق في العتق قوله ولو كان الحكم العبد اذا كان تحته
ولو كان تحته حرة فبيع كان للمشتري الخيار على رواية فيها ضعف كما يثبت الخيار للمشتري الامة كذا يثبت لمشتري العبد المزوج لوجود
العلة فيهما ولشمول النصوص لهما وقد تقدم في صحيحة محمد بن مسلم ما يدل على الحكمين معا وهذا الحكم مع كون الزوجة امة كما ورد في
الرواية وغيرها ولو كانت حرة فالاكثرون على ثبوت الخيار ايضا للتساوي في المعنى المقتضي له وهو توقع العقد وسبقه على
التزويج ولرواية محمد بن علي عن ابي الحسن عليه السلام قال اذا تزوج المملوك حرة فللمولى ان يفرق بينهما فان زوجه المولى حرة فله ان
يفرق بينهما وليس بعد البيع اجماعا انما يحمل على ان له ان يفعل ما يؤول الى التفريق بان يبيع فيثبت الخيار المؤدي الى التفريق بعد ذلك ولا يخفى
عليك بعد هذا التنزيل مع كون الرواية ضعيفة كما ان السند المذكور فان في طريقها موسى بن بكر وهو واقفي ومحمد بن علي مشترك بين الثقة
وغيره وانكر الحكم ابن ادريس وجعل الرواية شاذة والقياس على الامة باطل وشنع عليه في المختلف بمنع القياس لانه لو فقد
النصوص في هذا الباب لامكن استناد مساواة العبد للامة في ذلك الا ان الشارع لم يفرق بينهما في مثل هذه الاحكام كما لم يفرق
في التقويم وغيره ولا يخفى عليك ما في هذا البحث وقول ابن ادريس متوجه لعدم دليل صالح على ثبوت هذا الحكم المخالف للاصل و
بمنع من تساوي الحرة والامة في هذا المعنى لان الحرة اشرف ولا يلزم من ثبوت الحكم في الادنى ثبوته في الاعلى والرواية قد عرفت
ضعفها وبعدها عن الدلالة من العلم اختيار قول ابن ادريس على حاله او التوقف مجال وعلم ان حكم الخيار للمشتري
في العبد والامة او لمالك الاخر في انه يقتضي خيار الخيار في المشتري فيحصل لمولى الاخر اعتراض وهذا احد المواضع المسلمة و هذا
هو الذي اختاره ابن ادريس لان الدليل انما دل على ثبوت الخيار لمن انتقل اليه الملك فيبقى غيره على اصل اللزوم وقال الشيخ
في ان الخيار مع المشتري للمولى الاخر ومال اليه في التحرير باعتبار ان الذي لم يبع انما رضي بالعقد على المالك الاخر والاغراض
تختلف باختلاف الملاك وبان البائع اوجد سبب الفسخ وهو الخيار للمشتري فيكون للاخر ذلك لانهما لانه مالك
فيثبت له ما يثبت لمن فيهما نظر لان الحكم بالتسلط على الفسخ يحتاج الى دليل صالح وعدم رضاه بالعقد مع المشتري ليس
من الاسباب المفيدة لذلك واتحاد البائع سبب الفسخ لا يوجب ثبوته للاخر بل في مورد النص وهو المشتري فان هذه السببية
تابعة للنص لا للمناسبات وكلام ابن ادريس في غاية الجودة لان الاصل لزوم العقد في غير ما دلت النصوص على حاله فهو متحقق
المتنازع قوله ولو كانا لمالك فباعهما لاثنين كان الخيار لكل واحد من المتبايعين وكذا لو اشتراهما واحد وكذا لو باع احدهما
كان الخيار للمشتري والبائع ولا يثبت عقدهما الا برضا المتبايعين ولو حصل بينهما او لا وكانا للمولى الاول فهنا مسائل الاولى
لو كان كل واحد من العبد والامة المتزوجين لمالك واحد فباعهما لاثنين سواء باع احدهما لواحد والاخر لاخر كما هو الظاهر
ام باعهما معا لاثنين على وجه الاشتراك كان الخيار في فسخ عقدهما وامضائه للمشتري المتعدد كما يثبت للمالك الواحد في الفسخ
الجميع وكذا له الصحيح الذي يسمع كل منهما بمنزلة الطلاق وكلا الزوجين ذلك لتعدد المشتري واتحاده الثانية لو باع احدهما
خاصة كان الخيار في فسخ العقد وامضائه لكل من البائع والمشتري اما المشتري فلما سلف واما البائع فلان الطلاق النص
السابق في كون البيع كالطلاق ومعناه ثبوت التسلط على فسخ العقد المستاد لهما ولاشتراكه في المعنى المقتضي لجواز الفسخ
لان المشتري كما يتضرر بتزويج مملوكه لغيره كذلك البائع ومع ثبوته في عقدهما على رضا المتبايعين معا فان اتفقا
على البقاء لزم وان اتفقا على فسخه او طلب احدهما فسخه والاخر امضاءه فالفسخ اما الاول فظاهر واما الثاني فلان رضا
احدهما به يوجب تقرره من جانبه ويبقى من جانب الاخر تزلزل لانه اذا فسخه انفسخ كما لو لم يكن للاخر خيار ومثله ما لو اشترك

الخيار

الخيار بين البائع والمشتري فاختار احدهما الامضاء والاخر الفسخ الثالثة حيث انهما يتفقان على ابقاء العقد فالتجدد من
الاول او يكون بين المولين على السواء لانهم نماء مالهما فيكون بينهما كالاصل وقال ابن البراج يكون الولد لسيد الامة وقد
تقدم ان ابا الصلاح قال كذلك في نظيره قوله اذا زوج امته سقط المهر لتقدم في ملكه فان باعها قبل الدخول سقط
المهر لانفساخ العقد الذي يثبت المهر باعتباره فان اجاز المشتري كان المهر له لان اجازته كالعقد المستانف ولو باعها
بعد الدخول كان المهر للاول سواء اجاز الثاني او فسخ لاستقراره بسبب الاول وفيها امور يجب النظر فيها والحصل ما ذكرناه
لما كان المهر عوض البضع وفي النكاح شائبة المعاوضة فحقه العوض ان يكون لمالك المعوض وحيث كان بضع الامة
مملوكا لسيدها فالمهر له فان باعها بعد الدخول فقد استقر المهر للمولى البائع سواء اجاز الثاني المشتري النكاح
ام لا وسواء قبض البائع من المهر شيئا ام لا لانه ثبت قبل البيع ولا الطلاق ولا غيرهما من موانع الفسخ وان كان البيع قبل
الدخول فقد تقرر ان للمشتري الخيار فان فسخ سقط المهر لان الفسخ قبل الدخول اذا كان من قبل المراة يوجب سقوط المهر وهي
من المولى وهو مالك البضع فيكون ذلك كما لو كان من قبلها لانها المالكة في غيره وان اجاز النكاح لزم وكان المهر له لان
الاجازة كالعقد المستانف فيطالب بجميع المهر فان كان الزوج قد اقبضه للبائع استرده منه ودفعه الى الثاني هذا هو الذي
اختاره ابن ادريس وابن فضال المصنف وجماعة من المتاخرين وقال الشيخ في النهاية اذا زوج الرجل جاريته من عبده وسمى لها مهرا
معينا وقدم الرجل من جملة المهر شيئا معينا ثم باع الرجل الجارية لم يكن له المطالبة بباقي المهر ولا لمن يشتريها الا ان يرضى بالعقد
تبعه ابن البراج واستند الى رواية ضعيفة السند لا تصلح لاثبات مثل هذا الحكم الذي لا يوافق الاصول وللشيخ في فتح تفصيل
اخر في المسالة ليس بجيد وكيف كان فما ذكره المصنف هو الاجود في المسالة نعم لو قيل انه مع عدم الدخول ولما فيه العقد
يكون المهر للاول لوجوبه وهي في ملكه او نصفه بناء على ان البيع بمنزلة الطلاق كما ذكر في الدخول فينتصف المهر الى
البائع امكن وقد تقدم في شبهه الامة المزوجة اذا اعتقت قبل الدخول فاجازت ان المهر للسيد لوجوبه في العقد
ولعل الوجه في العقد ان عشر المهر لم يجب بالعقد مجانا بل في مقابلة العوض وهو منافع البضع وقد خرجت بالبيع
قبل التسليم وتعذر عليه تسليمها للزوج الذي هو باذل المهر في مقابلتها فلا يتصور بقاؤه للاول والفرق بين البيع
والعتق ان البيع معاوضة يقتضي تمليك المنافع تبعا للعين بخلاف العتق فانه لا يقتضي تمليكا وانما هو فك ملك
فيكون المنافع كالمستثناة للسيد وفي البيع ينتقل الى المشتري لا يقال انه على تقدير البيع بعد التزويج يكون انتقلت
المنافع عن ملك البائع فلم يتضمن البيع الا العين خاصة بالنسبة الى هذه المنفعة الخاصة وهي منفعة البضع
من المنافع قبله لانا نقول هذا التوجيه يتم لو قلنا بلزوم عقد النكاح وعدم تسلط المشتري على فسخه كما يقوله العامة اما
ما يقوله الاصحاب من جعل بيد المشتري بل الطلاق المنصوص بمنزلة البيع منزلة الطلاق من غير تقييد بفسخ المشتري لا يكون
المنافع التي يقابلها البائع في مقابلة المهر مسلمة للزوج مطلقا وفيها من قبل المولى البائع فكان ذلك كفسخ الزوجة قبل الدخول
الموجب لسقوط المهر ومن ثم قيل بان اجازة المشتري كالعقد المستانف قوله ولو زوج عبده بحرة ثم باعه قبل الدخول قيل للمشتري
الفسخ وعلى المولى نصف المهر ومن الاصحاب من انكر الامرين قد تقدم الكلام في هذه المسالة من جهة الفسخ وان ابن ادريس
المنكر له واما المهر فقد عرفت فيما سلف انه يلزم المولى ثم ان كان البيع بعد الدخول فقد استقر عليه المهر فان فسخ الثاني
وجوبه بجميعه على المولى البائع وان كان قبله فقد اختلف الاصحاب فذهب الشيخ وجماعة الى وجوب نصفه على المولى كما

تقدم في نظيره وقد قبل الدخول فاوجب نصف المهر كالطلاق وبينهما رواية علي بن ابي حمزة عن ابي الحسن عليه السلام في رجل زوج
مملوكا له امراة حرة على مائة درهم ثم انه باعه قبل ان يدخل عليها فقال يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها انما هو بمنزلة
دين استدانه وابن ادريس انكر تنصيف المهر كما انكر الاصل لما تقدم من ان الاصل ثبوت المهر بالعقد وتنصيفه بالطلاق قبل
الدخول على خلاف الاصل لا يجب الحاق غيره به وهذه الرواية ضعيفة السند بابن ابي حمزة وقول ابن ادريس حسن في
الموضعين وجماعة ادعوا ان ضعف الرواية مجبور بالشهرة فوافقوا الشيخ هنا وان خالفوه في غيرها والعجب ان التوقف
يظهر من المصنف التوقف في المسالة ولم يجزم بما اجاب الاصحاب قوله اذا باع امة وادعى ان حملها منه وانكر
المشتري لم يقبل قوله في افساد البيع ويقبل قوله في التحاق الولد لانه اقرار لا يتضرر به الغير وهنا يرد ان انه اتهم يقبل في
فساد البيع لانه قد حكم بصحته ظاهرا فلا يقدح فيه دعوى البائع ما يوجب فساده كما في كل موضع يدعي احدهما
الفساد والاخر الصحة فان مدعي الصحة يقدم حيث لا بينة نعم لو ادعى عليه العلم بذلك حلف على نفيه هذا اذا
كان الحمل موجودا حال البيع قطعا كما لو ولدته لاقل من ستة اشهر من حينه او ظاهرا كما لو ولدته لاقصى الحمل فما دون ولم
يحصل المشتري بها مع دخوله وامكان كونه منه فان الولد يلحق به ولا شبهة في ان دعوى البائع هذه لو سمعت لحكم بفساد
البيع لعدم صحة بيع ام الولد في غير ما استثني وهنا ليس منه فلا يقبل في فساد البيع ثم ان لم يكن شرط ادخال الحمل
في البيع فاقراره بالولد نافذ بغير اشكال لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز ولا معارض فيه فيلحق به وان كان الحمل داخلا في
البيع اما بالاصل على قول او بالشرط ففي نفوذه ملوه تردد من انتفاء المانع حيث ان مجرد الحاق الولد به لا ضرر فيه على
الغير لا ضرر على المشتري في كون عبده ابنا للبائع حيث لا يمنع استرقاقه وهو الغرض ومن توقع الضرر بنفوذ
الاقرار لامكان ان يموت المقر من غير وارث ويخلف تركة فانه على تقدير ثبوت النسب يشتري من التركة ويعتق على
سيده ليرث وذلك ضرر على السيد فلا يكون الاقرار نافذا والاقوى نفوذه على المقر خاصة ولا ينفذ على المشتري
مطلقا وتظهر الفائدة فيما لو انتقل الى ملك البائع بوجه من الوجوه فانه يحكم بعتقه وبدون ذلك لا ينفذ في حق المشتري
فلا يشترى في الصورة المفروضة منه قهرا نعم لو رضي ببيعه اختيارا جاز اداء الثمن من تركة المقر وعتقه عملا
بعموم نفوذ مثل هذا الاقرار على المقر واما التردد في نفوذ الاقرار فيه من حيث تبعض القبول في الدعوى الواحدة
فيقبل بعضها وهو الولادة دون بعض وهو كون امه ام ولد فلا يقدح ذلك في القبول لان العمل بالاصلين المتنافيين
في حقوق الناس واجب فيعطى كل واحد من الاقسام ما يقتضيه ومثله في ابواب الفقه كثير قوله واذا تزوج العبد
باذن مولاه حرة او امة لغيره لم يكن له اجباره على الطلاق ولا منعه ولو تزوج امته كان عقدا صحيحا لا اباحة وكان الطلاق
بيد المولى وله ان يفرق بينهما بغير لفظ الطلاق مثل ان يقول فسخت عقدكما او يامر احدهما باعتزال صاحبه وهل يكون هذا
اللفظ طلاقا قيل نعم وقيل يكون فسخا وهو اشبه اذا تزوج العبد باذن سيده فلا يخلو اما ان يكون الزوج امة للمولى او لا
بان كانت امة لغيره او حرة فان كان الاول فامر النكاح بيد المولى فله ان يطلق بامره وهو يفرق بينهما في كل وقت وهو موضع
وفاق ويدل عليه بخصوصه صحيحة محمد بن مسلم قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل ينكح امته من رجل ايفرق بينهما اذا شاء فقال
اذا كان مملوكه فليفرق بينهما اذا شاء ان الله تعالى يقول عبدا مملوكا لا يقدر على شيء فليس للعبد شيء من الامر وفي صحيحة اخرى
لمحمد بن مسلم قال سالت الباقر عليه السلام عن قول الله تعالى والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم قال هو ان يامر الرجل عبده وتحته امته

يقول له

فيقول اعتزل امراتك ولا تقربها ثم يحبسها حتى تحيض ثم يمسها وغيرهما من الاخبار الكثيرة وان كان الثاني فالمشهور بين الاصحاب ان
الطلاق بيد العبد ليس للسيد اجباره عليه ولا نهيه عنه لعموم قوله الطلاق بيد من اخذ بالساق وخصوص رواية محمد بن الفضيل عن الكاظم عليه السلام
قال الطلاق الى العبد اذا تزوج امراة حرة او تزوج وليدة قوم اخرين الى العبد وان تزوج وليدة مولاه كان الذي يفرق بينهما ان شاء
وان شاء نزعها منه بغير طلاق ورواية ليث المرادي عن الصادق عليه السلام قال سالته عن العبد هل يجوز طلاقه
فقال ان كانت امتك فلا ان الله تعالى يقول عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وان كانت امة قوم اخرين او حرة جاز طلاقه والاولى
اوضح دلالة على المطلوب من الثانية لتصريحها بان امر الطلاق الى العبد واما الثانية فليس فيها الا جواز طلاق العبد وليس فيه دلالة
على منع السيد من الطلاق ولكن لما دل على جوازه وقوعه منه ولا قائل بالتشريك بينهما في الطلاق اقتضى المطلوب وذهب جماعة
منهم ابن الجنيد وابن ابي عقيل الى نفي ملكية العبد للطلاق من راس لصحيحة زرارة بن معوية وغيره عن ابي جعفر وابي عبد الله عليهما السلام
انهما قالا في العبد المملوك ليس له طلاق الا باذن مواليه وصحيحة زرارة عنهما عليهما السلام قالا المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه الا
باذن سيده قلت فان السيد كان زوجه بيد من الطلاق قال بيد السيد ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء
الطلاق وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الكاظم عليه السلام قال لا طلاق للعبد الا باذن مواليه وصحيحة شعيب بن يعقوب العقرقوفي عن
ابي عبد الله عليه السلام قال سئل وانا عنده اسمع عن طلاق العبد قال ليس له طلاق ولا نكاح وقرا الاية ثم قال لا يقدر على طلاق ولا
نكاح الا باذن مولاه والنكرة المنفية تعم وتخصيصها بما اذا تزوج بامة مولاه جمعا بينها وبين ما تقدم فانه خاص و هذه
عامة والخاص مقدم وفيه نظر لان هذه الاخبار صحيحة وتلك ضعيفة لان الاول في طريقه محمد بن الفضيل وهو مشترك بين
الثقة وغيره وفي طريق الثالث ابن فضال وغيره ما فيه والفضل بن صالح وهو ضعيف بالاتفاق فكيف يخصص بها عموم
الاخبار الكثيرة الصحيحة واستدل في المختلف للاول برواية جعفر عن ابيه عن الكاظم ان عليا عليه السلام اتاه رجل بعبده
فقال ان عبدي تزوج بغير اذني فقال علي عليه السلام لسيده فرق بينهما فقال السيد لعبده يا عدو الله طلق فقال علي عليه السلام كيف قلت
له قال قلت طلق فقال علي عليه السلام الان فان شئت فطلق وان شئت فامسك فقال السيد يا امير المؤمنين امر كان بيدي فجعلته بيد
غيري قال ذلك لانك حين قلت له طلق اقررت له بالنكاح ووجه الدلالة انه فوض الطلاق الى مشيئة العبد وظاهره انه تزوج
بامة غير مولاه وقد ذكره في المختلف والشهيد في شرح الارشاد وجماعة ان طريق هذا الخبر حسن فيكون اجود من الاخبار السابقة
وفي دلالته وسنده نظر اما الاول فلان السيد امره بالطلاق فكان ذلك اذنا له فيه فقول علي عليه السلام ان شئت فطلق وان شئت فامسك
لا يدل على سلطنته لجواز كون التخيير ناشئا من امر السيد له بالطلاق فانه يقتضي الاذن فيه فان طلق وقع بالاذن وان امسك لم
لان القائل لم يتوقف على اذن السيد لا يقول بان له اجباره عليه لو ليس في الاخبار التي استدل بها ما يدل على جواز اجباره عليه نعم لابي
الصلاح قول ثالث في المسالة وهو ان للسيد اجباره عليه مستدلا بان طاعته واجبة عليه وهذا الخبر يصلح حجة عليه في منع وجوب
طاعته مطلقا وعلى ما قررناه يلزم من الخبر كون الطلاق بيد العبد مطلقا وهو خلاف واما الثاني فلان في سند الحديث ابان بن محمد وحاله
مجهول ولم يبعض الاصحاب فيه بمدح ولا جرح نعم ذكر والد البيان المنسوب ابو الباب الغرة الحربي ومدحوه ولم يذكروا اباه فلا يلزم ان يكون
هو وقال الكشي في كتابه عبد الله بن محمد بن عيسى الاسدي الملقب بنان ولم يضبطه ولم ينص عليه بشيء ولا ذكره غيره في القسمين
ووصف الرواية في المختلف بالحسن وتبعه الحقيقة وقرره الشارح فلعل المسالة بلاحت الاول في قول المصنف اذا تزوج عبده امته كان عقدا صحيحا لا اباحة
اشارة الى ان نكاح السيد عبده امته ضرب من ضروب النكاح كغيره يفتقر الى العقد المشتمل على الايجاب والقبول فلا يكفي

بجزء الاذن لمنه في النكاح الاخر وهو اشهر القولين في المسئلة وسنده لو ايته الصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال سالته كيف ينكح عبده امته
قال يجزيه ان يقول قد انكحتك فلانة ويعطيها شيئا من قبله او قبل مولاه ولا بد من طعام او درهم او نحو ذلك وبعد الاسناد لا
بد انه سماه نكاحا والنكاح حقيقة في العقد كما مر وامره باعطاء شيء ولا يجب المهر الا في العقد دون الاباحة وحيث دل
على انه عقد كان الواقع من المولى ايجابا فيعتبر معه القبول من السيد او العبد بان نبه يتم العقد لان تسميته نكاحا يستلزم اشتماله
القبول وفي صحيحة علي بن يقطين عن ابي الحسن عليه السلام انه سئل عن المملوك ايحل له ان يطأ الامة من غير تزويج اذا احل له مولاه
قال لا يحل له فهو حل الوطي بالتحليل من دون التزويج فانحصر الحل في العقد لانه لا واسطة في حل الفرج بين العقد والملك والقول
الثاني لابن ادريس انه اباحة فلا يفتقر الى الايجاب والقبول المعتبرين في النكاح بل يكفي اللفظ الدال عليها من المولى لانه لو كان
نكاحا حقيقيا لم يرتفع الا بالطلاق مع انه ينفسخ بمجرد تفريق المولى بينهما او بيده لهما كما في صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وقد تقدمت
وفيها ان امر الرجل عبده وعنده امة فيقول الرجل الى انك ولا تقربها ثم يحبسها حتى تحيض ثم يمسها وحجة الاسناد لا بد من وجهين
احدهما عدم توقف رفعه على الطلاق بل يكفي فيه مجرد الامر بالاعتزال الرافع للاباحة السابقة ولتعلق حل الفرج مع الحل بيد المولى
ولو كان نكاحا لكان رفعه بيد الزوج للحديث النبوي السابق وفي رواية محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في المملوك يكون لمولاه
او لمولاه امة فيريد ان يجمع بينهما ايجوز نكاحا او يجزيه ان يقول قد انكحتك فلانة ويعطي من قبله شيئا او من قبل العبد قال نعم ولو
مد وقد يبين يعطي الدراهم والجواب بمنع دلالة الاجزاء بما ذكر وهو ان يكون نكاحا والمراد من النكاح المشتمل عبارته ما اشتمل على الايجاب
والقبول لان المثبت يشتمل على الايجاب خاصة وهذا يؤيد ان المراد بالنكاح في صحيحة محمد بن مسلم السابقة هو هذا الايجاب خاصة
مع ان ظاهرها يدل عليه وانما تكلموا لاعتبار العقد فيها من اطلاق لفظ النكاح وكلا القولين له وجه وجيه وكلام ابن
ادريس من قوة وان كان التوقف مع المشهور اولى بتمام الخروج ولا ينبغي ترك مراعاة الاحتياط واعلم ان القول الاول يقتضي
اعتبار الايجاب والقبول فيه لجعله عقدا ويظهر من الحق انه عقد مع ذلك لا يفتقر الى القبول لانه بعد نقل كلام ابن ادريس واحتجاجه
عليه بالاحتجاج السابقة قال لا يقال ان النكاح لا يفتقر الى القبول ولا يفتقر هنا الى القبول فلا يكون نكاحا لانا نقول ان القبول
انما يشترط في حق من يملك والعبد لا يملك القبول لان للمولى اجباره على النكاح فلهما وجه من ذلك ثلثة اقوال في المسئلة اشتراط
وقوع النكاح المذكور بالايجاب والقبول والاكتفاء بالايجاب مع تسميته نكاحا وكونه اباحة يكفي فيه كل ما دل عليها والاوسط
يتجه لان اعتبار قبول العبد ساقط وايجاب المولى والمعتبر من القبول الدال على الرضا وهو متحقق منه لا يصدر على اللفظ
المفيد للنكاح الثاني يكفي في فسخ المولى لهذا النكاح كل لفظ دل عليه من الطلاق والفسخ وامرها بالتفريق وغير ذلك كما دلت عليه الاخبار
السابقة وهو ظاهر على القول بكونه اباحة لانها ترتفع بكل لفظ دال على الرجوع عنها واما على القول بكونه عقدا فلان مقتضى النصوص كون
رفع هذا العقد بيد المولى فلا يتوقف على لفظ بعينه كالطلاق كما يرتفع النكاح بالفسخ في مواضع كثيرة ثم ان وقع بلفظ الطلاق
وجمع شرائطه عند الله فانه حق الزوجين هذا اوصلنا الاصل لكان لو جعلناه اباحة فالمتجه ان لا يكون طلاقا مطلقا وان لم يجمع
شرائطه بان لم يسمع شاهدان ولا وقع في طهر لم يواقعها فيه ونحو ذلك عد فسخا بل هو اوضح من امرها باعتزالها المعدود فسخا
في النصوص الصحيحة فلا يلحقه احكام الطلاق ولو قلنا انه لو وقع بصيغة الفسخ او غيرها سواء جعلناه نكاحا ام اباحة لما ذكرنا انه
اباحة فقط لان وقوع الطلاق فرع ثبوت النكاح والحال انه نكاح فلانه لم يقع بلفظ الطلاق والطلاق لا يقع بالكناية وعلى تقدير وقوعه
بلفظ الطلاق الذي لم يجمع الشرائط لا يعتد به في كونه طلاقا لكنه يفيد الفسخ كما ذكرناه والنكاح لو كان حقيقيا يرتفع بالفسخ في

موارد منها اولى وقيل يكون جميع ما يفسخ به النكاح طلاقا لافادته فائدته كالخلع ولان المولى مخير في كل منهما وهو يتعين ان يكون الفسخ بمعنى
الطلاق بالفسخ ونحوه ويفارق بينه وبين الفسخ بالعيب ونحوه فان البدلية من الطلاق هنا حاصلة دون غيره من عيوب الفسخ و
بانه لا يلزم من دخول قيد النكاح به ان يكون كالطلاق في جميع الاحكام ويتفرع على القولين اعتبار شروط الطلاق فيه وعدمه
في الطلقات وفي المسئلة قول ثالث وهو انه ان وقع بلفظ الطلاق كان طلاقا فاسدا فان اتفق خلل في بعض شروطه وقع باطلا الا فسخا
وان جمع الشروط كان طلاقا حقيقيا وان وقع الفسخ بغير لفظ الطلاق لم يكن طلاقا والاقوى الطرفين الثالث لولم يباشر المولى الطلاق
ولكن امر به العبد قيل يكون بمجرد الامر فسخا للنكاح ام لا فيه وجهان من دلالة الامر عليه كما دل عليه ما هو اضعف منه كالامر بالاعتزال
ونحوه ومن ان المفهوم ارادة ايجاده من العبد فلا يحصل قبله وان الامر بالطلاق يستدعي بقاء الزوجية الى حين ايقاعه فلو دل على الفسخ
لبطلها الثاني ويطول اللفظ ولا نه لو دل على الفسخ لامتنع تعلق مقتضاه ووجه الملازمة ان الفسخ لو وقع لامتنع الطلاق مع انه مامور به
فلا يكون مستعدا وجوابه ان دلالته على ارادة ايجاد الطلاق مطابقة فلا ينافي دلالته بالالتزام على كونه فسخا او هو المدعى ويمنع
الامر بالطلاق يستدعي بقاء الزوجية الحقيقية وانما يستدعيه الطلاق الصحيح والقائل بكون الامر فسخا لا يجعل الطلاق الواقع بعده صحيحا
وهو جواب الثالث فان الامر اذا دل على الفسخ لا ينافيه امتناع حصول مقتضاه من جهة انفساخ النكاح به فلا يتوقف على فسخ الزوج على
تقدير افادته الفسخ هل يكون طلاقا ام فسخا ينبني على كون الفسخ والامر بالاعتزال طلاقا ام لا فان قلنا به فيهما اولى الا انه اقوى في انه لا يكون
عليه وسواء والاقوى عدمه غايته ان يكون فسخا نعم لو لم يجعله فسخا وامتثل العبد الامر وطلق كان طلاقا على الاقوى لوقوعه
اهلها باعتبار الامر فوجد المقتضي له وانتفاء المانع ووجه العدم في المطلق لتضمن صحيحة محمد بن مسلم بيد السيد بالاعتزال ان ضعف
بالجواز على عدم الانحصار في قوله على تقدير القول بعدم كون الامر فسخا اقوى قوله ولو طلقها الزوج ثم باعها المالك انها العدة
وهل يجزي عن استبراء المشتري بزيادة من العدة قيل نعم لانها لحكمة وتداخلهما على خلاف الاصل وقيل ليس عليه استبراء لانها استبراءة
وهو اصح القولين لعدم التداخل للشيخ واتباعه وابن ادريس استنادا الى ما تشابه المختص من ان العدة والاستبراء حكمان
مختلفان ولكل منهما سبب يقتضيه وتعدد الاسباب يقتضي تعدد المسبب الا دليل يوجب التداخل والاقوى ما اختاره المصنف من
التداخل لوجود الدليل المقتضي له وهو ان الغرض من الاستبراء انما هو العلم ببراءة الرحم كيف وهي مستبرءة فلا يجب عليه استبراء اخرى
لان وجوب الاستبراء بالبيع انما هو من احتمال وطي البائع لغرض وطي المشتري وكلاهما منتف في صورة الفراغ والمفروض البيع
بعد الطلاق والا لعدم الفرق بينه وبين العكس حيث يقع الطلاق قبل الفسخ ولان بالواو موهم كان انسب حتى يفيد مطلق
الجمع دون الترتيب قوله واما الملك فنوعان الاول ملك الرقبة ويجوز ان يطأ الاماء بملك الرقبة ما زاد على الاربع من غير حصر
تقدم ان نكاح الاماء يستباح بامرين العقد والملك وقد ذكر حكم العقد وهذا الباب لبيان احكام الوطي بالملك
ولما كان منقسما الى ملك العين وملك المنفعة بين احكامه في موضعين وابتدأ بملك الرقبة لانه الاصل واعلم ان النص
والاجماع متطابقان على جواز النكاح بملك اليمين وعلى عدم انحصاره في عدد بخلاف نكاحهن بالعقد ولعل الوجه فيه حصر
حقوق المملوكة وكون استحقاق منافع البضع بالمالية فيكون كالتصرف في مطلق الاموال فلا ينظر فيها الى ما يتطرق الى النكاح
بالعقد من محذور الحيف والميل قوله وان يجمع في الملك بين المرأة وامها لكن متى وطئ واحدة حرمت الاخرى جمعا فلو خرج
عن ملكه حلت له الثانية لما كان الاغلب في ملك اليمين مراعاة جانب المالية وكان الوطي تابعا لها جاز الجمع بين من يحرم
الجمع بينهما بالعقد كالام وابنتها والاختين لكن لا يجوز الجمع بينهما في الوطي لتحقق المنافاة فان وطئ واحدة من الام والبنت بها ذلك حرمت

بالملك

عليه الاخرى تحريما مؤبدا لان الام والبنت تحرم كل منهما بوطي الاخرى بعقد او ملك وان وطئ احدى الاختين حرمت عليه الاخرى ما دامت الاولى في ملكه واحلها
احديهما حرم الاخرى جمعا لا عينا بمعنى انه ما دامت الموطوءة في ملكه تحرم عليه وطي الاخرى فاذا اخرجها حلت الاخرى
وقد سبق الكلام في ذلك قوله ويجوز ان يملك موطوءة الاب كما يجوز للولد ان يملك موطوءة ابنه ويحرم على كل واحد
منهما من وطئها الاخر عينا قد عرفت ان ملك اليمين يغلب فيه جانب المالية فكما لا يمتنع ان ينتقل الى كل من الاب والابن
مال الاخر كذا لا يمتنع ان ينتقل اليه مملوكته وان كانت موطوءة لان تحريم الوطي لا يقدح في جواز التملك كالمملوكة المحرمة
عليه بالنسب والتحريم موطوءة كل واحد على الاخر لعموم ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم وحلائل ابنائكم قوله ويحرم على المالك
وطي مملوكته اذا زوجها حتى يحصل الفراق وتنقضي عدتها ان كانت ذات عدة وليس للمولى فسخ العقد الا ان يبيعها فيكون
للمشتري الخيار وكذا لا يجوز النظر منها الى ما لا يجوز لغير المالك اذا زوج الرجل امته لعبده او غيره صارت من مولاها
بمنزلة الاجنبية لا يحل منها الا ما يحل له من امة غيره كنظر الوجه والكفين بغير شهوة ويحرم عليه جميع وجوه الاستمتاع و
نظر ما يحل منها لشهوة والنصوص به كثيرة والوجه في ذلك مع النص ان وجوه الاستمتاع صارت مملوكة للمزوج فيحرم على غيره
لامتناع حل الاشياء صارت مملوكة للزوج يحرم على غيره ولانه يحل الاستمتاع بالمرأة لاثنين من واحد شرعا وبعد ما
المحللة للغير بالنسبة الى المالك مع كون التحليل منافيا للوطي وغايته خروجها عن النكاح بطلاق او موت او فسخ او انقضاء
مدته ان كان متعة وقضاء عدتها سواء كانت بائنة ام رجعية قوله ولا يجوز وطي امة مشتركة بينه وبين غيره بالملك
لا شبهة في تحريم وطيها بالملك لانه ليس تاما ولم يكن مجموع المنافع ملكا للمنفعة لشريكه او احلل له الشريك فانها لا تحل ايضا
لان سبب الحل لا يتبعض وقد تقدم البحث في ذلك قوله ولا يجوز للمشتري وطي الامة الا بعد استبرائها بحيضة اذا كانت في
سن الحيض كما سيأتي ويستفاد من تخصيصه تحريم الوطي جواز غيره من الاستمتاع وهو كذلك على الاقوى قوله ولو كان لها زوج
فاجاز نكاحه لم يكن له بعد ذلك فسخ وكذا لو علم فلم يعترض لان ذلك يقارب وتعتد منه ان مات عن ذوات العدة ولم يجز يطأها
لم يكن للمطلق فيها عدة وكفاه الاستبراء في جواز الوطي لا اشكال في لزوم العقد اذا اجازه المشتري لان البائع من لوجه كان هو
الخيار وقد زال بالاجازة وكذا لو علم فلم يعترض لما تقدم من ان الخيار على الفور فاذا اخره بطل خياره وكذا القول في ملك
الزوج سواء كان هو البائع ام غيره وحيث يجيز المشتري العقد لا يحل له حتى تنقضي عدتها من الفسخ كالطلاق بحتى قرأين او شهر
ونصف لغير الحيض ومثلها الحيض في نفسها وكثيرة الطلاق الطلاق على هذا البيع لكونه سببا في التسليط على الفسخ فاذا حصل
الفسخ كان طلاقا بطريق اولى وقيل يكفي استبراؤها بحيضة او خمسة واربعين يوما لاطلاق النصوص باستبراء الامة
للمشتري او الاستبراء وهو متحقق هنا وهو الذي اختاره هنا ولم ينقل غيره والاقوى الاول وهو الذي اختاره العلامة ولم ينقل غيره
قوله ويجوز ابتياع ذوات الازواج من اهل الحرب وكذا ابنائهم وما يسبيه اهل الضلال منهم لا خلاف في جواز شراء الفساد
ذوات الازواج من اهل الحرب وليس للزوج لو جاء الخيار به ولانهم في المسلمين الحقيقة لا يتوقف احدهم على الشراء بل ما يجعل
الشراء وسيلة اليه لاشتراط في الجواز وكذا شراء بناتهم وبناتهم ونحو الاباء ويترتب على هذا الملك احكام الملك من حلها حل
الوطي وهو المقصد في البنات والطلاق البيع على ذلك بطريق المجاز باعتبار صورته والا فهو بالاستنقاذ اشبه منه بالبيع
الاقوى انه لا يترتب عليه احكامه من طرف المشتري حتى لو كان المبيع قريبة الذي ينعتق عليه عتق بمجرد البيع وتسلط عليه
لا فادة البيع الملك المقتضي للعتق وكذا يجوز شراء ما يسبيه اهل الضلال من اهل الحرب وان كان جميعا او بعضه للامام

للاذن فيه ذلك من قبلهم عليهم السلام في اخبار كثيرة وروى اسمعيل بن الفضل الهاشمي في الصحيح قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن سبي الاكراد اذا
حاربوا ومن حارب من المشركين هل يحل نكاحهم وشراؤهم قال نعم قوله من ملك امة بوجه من وجوه التملك حرم عليه وطؤها حتى
يستبرئها بحيضة فان لم تحض وكانت في سن من تحيض استبرئت بخمسة واربعين يوما ويسقط ذلك اذا ملكها حائضا الا مدة
حيضها وكذا ان كانت لعدل واخبر باستبرائها وكذا لو كانت لامرأة او يائسة او حاملا على كراهية في المشهور بين الاصحاب انه
كل من ملك امة بوجه من وجوه التملك من بيع او هبة او ارث او صلح او قرض او استرقاق او غيره ذلك يحرم عليه وطؤها قبل الاستبراء
وروايات بذلك كثيرة لكن في البيع والشراء والاسترقاق وعداها الاكثر ليه من الملك لاشتراكها في المقتضي له وهو العلم ببراءة
رحمها من ماء الغير والحفاظ على الانساب من الاختلاط وخصها ابن ادريس بذلك على مورد النص بطالب الدليل النقدي متمسكا على
نفيه في غيره بالاصل وعموم او ما ملكت ايمانكم والمذهب اعتباره مطلقا وقد وافق ابن ادريس الاصحاب في موضع اخر من كتابه مدعيا
اجماعهم فان كان قد تحقق الخلاف ثم الامة ان كانت تحيض فاستبراؤها بحيضة وعليه عمل الاصحاب وفي رواية سعد الاشعري عن
الرضا عليه السلام بحيضتين والمنافاة ان حمل البائع استبرائها قبل بيعها بحيضتين وحملت على الاستحباب وان كانت في سن من تحيض
ولم تحض فاستبراؤها بخمسة واربعين يوما لرواية منصور بن حازم قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن عدة الامة التي لم تبلغ المحيض
وهو يخاف عليها قال خمسة واربعون ليلة ومثله روى عبد الرحمن بن ابي عبد الله عنه عليه السلام في المعتقد في استبرائها بثلاثة اشهر
هو قول ولو يعتبر في الحيضة حيث يتعلق عليها الحكم ان تكون معلومة فلا يكفي ايام التحيض للمتحيرة بالروايات ونحوها كالوثيقة العدد
والوقت معا او على العدد خاصة لان المطلوب من الاستبراء العلم ببراءة الرحم وانما يظهر ذلك مع تعين الحيض لا مع الحكم به للمصنف
لبعض الاحكام حذرا من الحرج بالاحتياط في جميع الازمان وهل يعتبر فيمن هي كذلك مضي شهر لانه بعد الحيضة ممن لست
مستقيمة الحيض او خمسة واربعين يوما الحاقا لها بمن لا تحيض او مضي زمان يقطع بحصول الحيض فيه كما لو اختلفت عادتها
في شهر ونحوه او في كثرته بقصر بقدرها او حد او حد وجهها للاخير انه اتفق القطع والاوسط النافي اذا تقرر ذلك فقد استثنى
المصنف مما لا استبراء عليها مواضع الاول ان يكون عند انتقال ملكها اليه حائضا فيكتفي بالحيضة لحصول الغرض بذلك و
هو العلم ببراءة الرحم من الحمل عادة ومثل هذا لا يسمى استبراء شرعا وانما المانع الحيض كما في الصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام قال
سالته عن رجل اشترى جارية وهي حائض قال اذا طهرت فليمسها ان شاء ومثله مقطوعة سماعة بل هي اوضح دلالة وقال ابن ادريس
لا بد من استبرائها بعد هذه الحيضة بطريق لعموم الامر بالاستبراء وجوابه القول بموجبه فان الاستبراء قد حصل بذلك كما دلت عليه
الرواية وحكم فيها بالقرينين لا وجه له لتصريح الرواية بالاكتفاء بالحيضة وقد تقدم رواية الحيضتين وحملها على الاستحباب
جمعا ان تكون لعدل واخبر باستبرائها لصحيحة حفص بن البختري عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى الامة من رجل فقال اني لم
اطاها فقال ان وثق به فلا باس بان ياتيها وصحيحة ابن سنان عنه عليه السلام وفيها قلت فان باع ابتاعها وهو عاجز زعم صاحبها انه لم يطاها
منذ طهرت فقال ان كان عندك امينا فمسها وصحيحة ابن ابي عمير عنه عليه السلام مثله وجوابه فيها ان كنت تثق به فلا باس ويستفاد من الاخبار ان الوثوق
وان لم يكن عدلا لم يذكر العدالة ولكن المصنف وجماعة حملوه على العدل لانه لا وثوق بالفاسق وغير بعيد الجواز الوثوق واستفاد من ليس بعدل
ان من شرط العدالة لا يحل اخباره بالتعبد والاستبراء ولا يلزم من عدم الوثوق بخبر الفاسق اشتراط العدالة لان بينهما واسطة
وقد تقدم تفسير المصنف بالثقة موافقا للرواية في بيع الحيوان وهو انسب وخالف ابن ادريس هنا ايضا فاوجب الاستبراء لعموم
الامر به مخصوص بما رواه عبد الله بن سنان قال قلت لابي عبد الله عليه السلام اشتري الجارية من الرجل المامون فيخبرني انه لم يمسها منذ

عنده وطهرت قال ليس بها بأس ان يأتيها حتى يستبرئها بحيضة ولكن يجوز لك ما دون الفرج ان الذين يشترون الاماء ثم
يأتونهن قبل ان يستبرئوهن فاولئك الزناة بأموالهم وجوابه ان عموم الأوامر قد خص بما ذكر من الروايات والرواية الاخيرة
مع ضعف سندها بعبد الله بن القسم يمكن حملها على الكراهة جمعا مع ان عبد الله بن سنان روى الجواز ايضا في نحوها ما
يؤذن بالكراهة لانه قال انه والرشيد فان كنت لابد فاعلا فتحفظ لا ينزل عليها واعلم ان في صحيح الروايتين الاخيرتين
من روايات الجواز عندي نظر لان ابن سنان مطلق مشترك بين عبد الله ومحمد والاول ثقة دون الثاني وابي بصير

٣٢٣

اذ ليست

٣٢٤

تحليل

٣٢٧

الفصل الثاني

٣٢٨

وهو يحصل بذلك فيقتضي ... الارش على مقدار ما يحصل به ... ثم ان كان العيب ظاهر ... او
الفورية معتبرة في الفسخ وان توقف ثبوته على المرافعة الى الحاكم وان كانا متفقين على العيب وكذا ... الشيخ ... وهو حسن
حيث يتوقف الامر على الحكم ... جاهل ... الفورية ... وقد تقدم نظيرها قوله الفسخ بالعيب ليس
بطلاق فلا يطرد معه تنصيف المهر ولا يعد في الثلث لا شبهة في ان هذا الفسخ وغيره ليس طلاقا لان الطلاق يفتقر الى لفظ
خاص يقول انت طالق ونحوه ... الفسخ فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الطلاق من الشروط ولا يعد في الثلث المحرمة ولا يرد معه
تنصيف المهر اذا كان وقع قبل الدخول ... يتنصف المهر ... الطلاق ... ولا يطرد ... ولا
ينتصف للتنبيه على ... في بعض الموارد كما سيأتي في العنة ... لا يجب اطراده في
غيره من موارد الفسخ بالعيب ... قوله يجوز للرجل الفسخ من دون الحاكم وكذا المرأة نعم مع ثبوت
العنن يفتقر الى الحاكم ... الفسخ عند ...
حق ثابت لكل واحد من الزوجين ... لم يتوقف على ... حضور الحاكم ... هذا هو المشهور بين
الاصحاب ... ابن الجنيد ...
[illegible]

٣٢٩
[illegible]

٣٣٠
[illegible]

[illegible]

من وطء الأول عليها لأنها في العدة أو مات الزوجان ورث كل واحد منهما زوجته ... وقد نبه ما ذكره المصنف من حكم المسألة هو
الموافق للقواعد الشرعية فإن وطء الأولى الأخرى زوجة الآخر لشبهة منهما يوجب لها مهر المثل ولا تحل الزوجية
بذلك والاعتداد من وطء الشبهة لا ينافي الزوجية بل غايته أنها تحرم على الزوج بسبب عارض من الفرق بين المالين كوجوبها
عليه في زمان الحيض فلا يؤثر في الإرث لو مات أحدهما ولا يوجب نقص المهر سواء كان نصفه حل بها ... لأنه إن
كان هناك غارم رجع الغارم عليه بما اغترمه من مهر سواء كان الأبدال عينه ولو كان الغرور منهما فلا شيء لها ولا
يستثنى لها أقل ما يستحل به كما توهمه بعضهم لأنها ليست زوجة بل بغي فلا مهر لها فلو فرض علم الرجال بالحال و
جهل المرأة فالمهر والاعتداد بحاله ويحد الرجل لأنه زان ولو انعكس حدت دونه ولا مهر لها وعليها العدة لو ... و لو
علما معا كانا زانيين فلا مهر ولا عدة ولو فرض دخول أحدهما دون الآخر والعلم من أحد الجانبين دون الآخر أحق
كل بما يلزمه من الحكم والأصل في ذكر هذه المسألة رواية وردت بما يشتمل حكمها على ما يخالف القواعد الشرعية وعمل بمضمونها
الشيخ ومن تبعه فذكرها المصنف ونبه على ما يوافق الأصول على حكمها ولم يتعرض للمخالف قال الشيخ ومن تبعه فذكرها المصنف
ونبه على ما يوافق الأصول على حكمها ولم يتعرض للمخالف قال الشيخ في النهاية إذا عقد الرجلان على امرأتين فأدخلت امرأة
هذا على هذا والأخرى على الآخر ثم علم بعد ذلك فإن كانا قد دخلا بهما فإن لكل واحدة منهما الصداق فإن كان الولي
تعمد ذلك أغرم الصداق ولا يقرب كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها فإن ماتتا قبل انقضاء العدة فليرجع الزوجان
بنصف الصداق على ورثتهما ويرثانهما الزوجان وإن مات الرجلان وهما في العدة فإنهما ترثانهما ولهما المهر المسمى
ورواية جميل بن صالح عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في أختين أهديتا إلى أخوين في ليلة فأدخلت امرأة
هذا على هذا وأدخلت امرأة هذا على هذا قال لكل واحدة منهما الصداق بالغشيان وإن كان وليهما تعمد ذلك أغرم الصداق
ولا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضي العدة فإذا انقضت العدة صارت كل واحدة منهما إلى زوجها بالنكاح
الأول قيل له فإن ماتتا قبل انقضاء العدة قال فقال يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما ويرثانهما الرجلان
قيل فإن مات الرجلان وهما في العدة قال ترثانهما ولهما نصف المهر المسمى لهما وعليهما العدة بعد ما تفرغان من العدة
الأولى تعتدان عدة المتوفى عنها زوجها وقد ظهر أن الرواية ضعيفة بالإرسال والقطع ومع ذلك فالشيخ
[…] الزوجين الحقيقيين [...] ثبوت نصف المهر بالموت في كل منهما والشيخ حكم بموت الزوجة وأوجب مع موت الزوج
المسمى ولعل لفظ المسمى وقع سهوا أو كان حكمه بنصف المسمى كما في الرواية لأنها هي مستنده كما في النهاية وقد ذكرها
الصدوق في المقنع كما ذكرها في التهذيب باللفظ الذي حكيناه ولكن الصدوق لم يجعلها مقطوعة بل قال وسئل الصادق ع
عن أختين أهديتا إلى أخوين إلى آخر الحديث وفي المختصر اقتصر في نقل الرواية على ما تضمنه كلام الشيخ وترك حكاية آخرها
المتضمن لثبوت نصف المهر على تقدير موت الزوج فلم يحصل فيها المخالفة إلا في موضع واحد وهو ثبوت نصف المهر
على تقدير موت الزوجة كما ذكره في التهذيب ثم حمل الرواية على أن المرأتين ليس لهما ولعله رجع الزوجان بالنصف [...]
على سبيل [...] وغيره من المتأخرين هذا الموضع [...] جانب الزوج دون الزوجة الحكم لها أيضا بالنصف
مع أن أول الرواية تضمن حصول الغشيان ووجوب الصداق وآخرها تضمن ثبوت النصف بالموت وحملها على الوقوع
ذلك قبل الدخول لاتفاق ما فيها على كل تقدير فالأولى اطراح الرواية لما ذكر من وجه الضعف وأمر تكلف حملها على ما لا يفيد عليه

قوله

٣٢٣

قوله كل موضع حكمنا فيه ببطلان العقد فللمرأة مع الوطء مهر المثل لا المسمى وكل موضع حكمنا فيه بصحة العقد فلها
مع الوطء المسمى وإن لحقه الفسخ وقيل إن كان الفسخ بعيب سابق على الوطء لزم مهر المثل سواء كان حدوثه قبل العقد
أو بعده والأول أشبه وجه وجوب مهر المثل مع البطلان أنه عوض البضع المحترم حيث لا عقد ومع بطلان العقد يصير
كعدمه فيكون كالوطء بالشبهة المجردة عن العقد وأما المسمى فإنه تابع لصحة العقد وقد انتفى وقد وقع للعلامة في
بعض فراده وتقدم الكلام عليه في محله وأما مع الفسخ فيثبت المسمى على كل تقدير لوجوبه بالعقد والفسخ إنما رفع
العقد من حين الفسخ لا من أصله فلا يبطل المسمى فيه الذي قد استقر بالدخول سواء كان الفسخ بعيب سابق أم
لاحق والقول بالتفصيل المذكور للشيخ ره في ط وقد تقدم نقله والكلام عليه في بابه قوله النظر الثاني في المهور
وهو جمع مهر وهو ما يجب بوطء غير زنا منها ولا ملك يمين أو بعقد النكاح أو تفويت بضع قهرا على بعض الوجوه
كإرضاع ورجوع شهود وله أسماء كثيرة منها الصداق بفتح الصاد وكسرها سمي به لإشعاره بصدق رغبة
باذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجابه والصدقة بفتح أوله وضم ثانيه والنحلة والأجرة والفريضة وقد ورد بها
القرآن قال تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة وقال فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن وقال وقد فرضتم لهن
فريضة وليس المراد من النحلة ما هو بمعنى العطية المتبرع بها لأنه عوض البضع بل إما من الانتحال وهو التدين لأنه يحكم الشرع
من حيث تحقق الاستمتاع للزوجين فكان للزوجة في معنى النحلة وإن كان عوضا أو لأن الصداق كان للأولياء في
غير شرعنا كما يشعر به قصة شعيب ع وجعل مهر ابنته رعي غنمه فكأنه جعله لهن في شرعنا نحلة ومن أسمائه العلائق
والعلائق وقد روي أن النبي ص قال أدوا العلائق قيل وما العلائق قال ما تراضى به الأهلون والعقر بالفتح والحباء
بالكسر ويقال من لفظ الصداق والصدقة أصدقتها ومن المهر مهرتها ولا يقال الصدقة فيها وأمهرتها ومنهم من جوزه
وقد يستعمل المهر وغيرها من الفقهاء واعلم أن المهر ليس ركنا في النكاح كالمبيع والثمن في البيع لأن المقصود
الأظهر منه الاستمتاع وإلحاقه وإنما يقوم بالزوجين فهما الركن فيصح إخلاء النكاح من المهر ولكن الأحب تسمية المهر
كيلا يشبه النكاح الواهبة نفسها للنبي ص ولئلا يكون أقطع للخصومة قوله الأول في المهر الصحيح وهو ما يصح أن يملك عينا
أو منفعة ويصح العقد على منفعة الحر كتعليم الصنعة والسورة من القرآن وكل عمل محلل وعلى إجارة الزوج نفسه مدة
معينة وقيل بالمنع استنادا إلى رواية لا تخلو من ضعف مقصود ما عن إفادة المنع والأصح أن ضابط المهر ما يصح أن يملك عينا
لا يقبل الملك أصلا كالخنزير وما هو ملك للغير حيث لا يرضى بنقله عن ملكه فإنه لا يصح أن يملك لغيره على هذا الوجه فلا
يصح لغيره إلا لكونه مهرا ودخل فيه ما لا يتمول عادة فإنه مما يصح أن يملك وإن لم يصح المعاوضة عليه حتى أنه لا يصح أخذه
بغير إذن مالكه ويدخل فيه المنفعة كغيرها من الأموال ويمكن أن يريد بما يصح أن يملك ما يقبل النقل بالملك إلى الغير فيخرج منه ما لا
يتمول ولا فرق فيه بين العين والمنفعة لأنها مال يصح أن يملك حتى منافع الحر كتعليم صنعة محللة أو سورة من القرآن أو
بعضها أو غيره من الحكم والآداب أو عمل محلل مقصود أو إجارة الزوج نفسه مدة معينة سواء كانت زمانها مشخصا أم لا
ولا خلاف في ذلك كله إلا في العقد على منفعة الزوج مدة معينة فقد منع منه الشيخ وجماعة استنادا إلى حسنة محمد بن الحسن
عن البزنطي قال قلت لأبي الحسن ع الرجل يتزوج المرأة ويشترط لأبيها إجارة شهرين يجوز ذلك فقال إن موسى ع

قد علم أنه سيتم له شرطه فكيف لهذا بأن يعلم أنه سيبقى حتى يفي وقد كان الرجل على عهد رسول الله ص يتزوج المرأة على السورة
من القرآن وعلى الدرهم وعلى القبضة من الحنطة وأجاب المصنف عنها بأن في أحدهما ضعف السند فإنها ليست من الصحيح لأن في طريقها
سهل بن زياد وهو ضعيف ولها طريق آخر حسن فيه إبراهيم بن هاشم ولا يبلغ حد الصحة وإن كان [...] قصورها
في الدلالة عن إفادة المنع أما أولا فلأن شعيبا استأجر موسى ع لرعي غنمه لا لأجل البنت وقد كان جائزا في شرعهم وليس جائزا
في شرعنا [...] إجارة نفسه لها وأما ثانيا فلأنها ليست صريحة في المنع فإن قوله إن موسى ع قد علم ومن أين لهذا أن
يعلم ليس دالا على اشتراط العلم ولا يشعر به ولعله أراد أنه لا ينبغي التعرض لمحل لا يثق بالوفاء به على جهة الكراهة لا المنع
بدليل جوازه في كل مهر قبل تسليمه فإنه لا وثوق بالبقاء إلى أن يوفيه مع أنه غير قادح في الصحة إجماعا فالقول بالجواز أصح
للأصل ووجود المقتضي وهو كونها منفعة مقصودة موجودة وانتفاء المانع إذ ليس إلا كونها منفعة حر الزوج وهو غير
صالح للمانعية وقد دل على جواز جعل منفعة الحر مهرا قصة الرجل الذي زوجه النبي ص المرأة بأن يعلمها سورة مخصوصة من
القرآن قوله ولو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح لأنهما يملكانه ولو أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض دفع القيمة لخروجه
عن ملك المسلم سواء كان عينا أو مضمونا لا فرق في الحكم بالصحة بين الذميين وغيرهما من أصناف الكفار لأن الحكم بالصحة
بالنسبة إلى ما بينهم ولا يجب على المسلم البحث عنه وهو مشترك بين أصناف المشركين ثم إن أسلما أو أسلم أحدهما بعد التقابض فلا
شيء للزوجة لأن الزوج قد برئ مما في ذمته قبل الإسلام بحسب ما عندهم من الحكم بلا خلاف والبعض [...] حيث ذهب إلى أن لها مهر المثل
لفساد ذلك القبض وإن كان الإسلام قبل الدفع لم يجز دفع المعقود عليه لأنها إن كانت المسلمة لم يجز لها تملك الخمر لعدم صحة قبضه ولا
في بيع الإسلام ثم وكذا إن كان المسلم الزوج لأنه لا يصح له إقباضه ولا ضمانه وإن كان هو الزوجة لم يصح لها قبضه فينتقل
إلى القيمة عند مستحليه لأنها أقرب شيء إليه ولأن العين بأدائه متشخصة مالية فإذا تعذر أحدهما صار إلى الآخر ويؤيده
رواية عبيد بن زرارة قال قلت لأبي عبد الله ع النصراني يتزوج النصرانية على ثلاثين دنا خمرا أو ثلاثين خنزيرا
ثم أسلما بعد ذلك ولم يكن دخل بها قال ينظر كم قيمة الخنازير وكم قيمة الخمر ويرسل به إليها ثم يدخل عليها وهما على نكاحهما الأول
وفي المسألة أقوال أخر تقدم البحث فيها وفي أحكامها في باب نكاح الكفار وأشار المصنف بقوله سواء كان عينا أو مضمونا إلى
الخلاف ببعض العامة حيث فرق بينهما وحكم في العين بأنها لا تستحق غيرها قوله ولو كانا مسلمين أو كان الزوج مسلما قيل يبطل
العقد وقيل يثبت لها مع الدخول مهر المثل وقيل بل قيمة الخمر والثاني أشبه البحث هنا يقع في موضعين أحدهما في صحة العقد
[...] فقد ذهب جماعة منهم الشيخ في المقنعة والقاضي والتقي إلى البطلان لوجوب اقتران الرضا بالعقد ولم يقع الرضا
إلا على الباطل فما وقع عليه الرضا لم يقع وما هو صحيح لم يتراض عليه [...] ما تراضيا عليه الزوجان فينعكس
بعكس النقيض إلى قولنا ما لم يتراضيا عليه لا يكون مهرا وهو موجب لكون كل ما عدا المذكور لا يكون مهرا [...]
يكون حلال البضع من مهر بعد الدخول فلم يبق إلا البطلان ولأنه عقد معاوضة فيفسد بفساد العوض كالبيع ولظهور كونه معاوضة
من قوله فآتوهن أجورهن ومن قوله زوجتك بكذا فإن الباء في مثل ذلك للعوض وذهب المصنف وجماعة منهم الشيخ في كتاب الفروع
وابن إدريس وأكثر المتأخرين إلى الصحة لوجود المقتضي لها وهو الإيجاب والقبول وعدم المانع إذ ليس إلا بطلان المهر لكن بطلانه لا
يؤثر في بطلان العقد لعدم توقفه عليه لما تقدم من صحة العقد مع شرط عدم المهر فلا يكون ذكر المهر الباطل [...] والعقد غير أن [...]

احدهما

٣٢٤

أحدهما إلا بوجود الآخر والمعية تقتضي أن ذلك العقد بعينه لا يصح بدون الآخر لأن فيه جمعا بين عدم التسمية وتسمية الفاسد لأنهما
في الأول قد تراضيا على عدم المهر فصح العقد للرضا وبرضاء الباطل العوض ويثبت مهر المثل لأنه العوض شرعا في مثل ذلك
الثاني لأن التراضي لم يقع بالعقد خاليا عن العوض والمسمى باطل شرعا وغيره ما تراضيا به فلا يصح للعوضية ولا يلزم من تقارنهما
مع التفويض تقاربهما مع التسمية لأن التراضي إنما وقع على العقد المشخص بالمهر المعين فكان أمرا واحدا كما يفوت بفوات بعض
أجزائه ومن حجة الأولين وإن بطلان المسمى لا ينافي أصل الرضا بالنكاح إلا أنه يضعف لو ظهر كونه مستحقا وهنا يظهر أنه ليس
كالماء [...] من كل وجه لأنها تفسد باستحقاق أحد العوضين إذا كانت معينا ومن ثم [...] وهي العطية وركن
العقد يقوم بالزوجين كما مر وبأن المراد من المهر الذي تراضيا عليه الزوجان في الحقيقة المهر الذي يذكر أنه في العقد لا مطلق
المهر لأن المهر الواجب مع عدم ذكره في العقد ولم يتراضيا عليه وقد [...] كون التراضي في جانب القلة والكثرة
مع التعيين أيضا بقرينة قوله قل أو كثر وتوضيحه في محله وفيه نظر [...] من رجحان ما الثاني على تقدير
الصحة ما الذي يجب فيها أقوال أحدها وهو الذي اختاره المصنف وجوب مهر المثل مع الدخول لا المفوضة وهو مذهب الشيخ في ط و
ابن إدريس وجه الأول أنه لم يقيد بالدخول في غير الإرشاد يحتمل أن يريد بالمطلق وجوب مهر المثل بالعقد بدل المسمى حيث تعذر
وتظهر الفائدة فيما لو طلق قبل الدخول فيجب نصف مهر المثل أو مات أحدهما فيجب الجميع بخلاف قول من قيده بالدخول فإنه مع الموت
قبله لا شيء وعلى هذا فيكون القول بوجوب مهر المثل منقسما إلى قولين وقد نبه عليهما الشهيد في شرحه ونقل القول بوجوب مهر
المثل بنفس العقد عن الشيخ ووجه القول بمهر المثل أن عدم صلاحية المسمى لأن يكون صداقا يقتضي بطلان التسمية
فيصير العقد خاليا من المهر فيجب بالوطء مهر المثل لأنه قيمة البضع وهذا وجه القول الأول ولأن العقد [...] العوض فلا
يكون تفويضا لكن لما تعذر العوض المعين بطلت ماليته شرعا انتقل إلى بدله وهو مهر المثل وهو وجه القول الثاني وفيه
ضعف بأن مهر المثل إنما يكون عوضا للوطء لا الجزء والقول الثاني ضعيف جدا وثانيها أن الواجب قيمته عند مستحليه وهو قول
الشيخ في [...] وجهها أن الزوجين إذا كان في العقد عوضا كان مقصودهما
ذلك العوض دون قيمة البضع وهو مهر المثل ولأن ذلك العوض [...] وعوض وهو المالية باعتبار مقابلة
البضع وهو متقدم في الجملة فإذا لم يمكن اعتبار خصوصيته لمانع بقي اعتبار المالية فيعتبر بقيمته على ذلك العقد [...]
بأن تقدير المالية هنا ممتنع شرعا [...] كما لو [...] لم يمكن اعتبار ماليته [...] وجوب قيمته
لأن وجوب المال المخصوص عوضا إنما يكون بذكره في العقد فإذا فات بقي الحكم مهر المثل وثالثها الفرق بين كون المهر
المتعذر اعتبار قيمته متفق ما في الجملة كالخمر والخنزير وعدمه ومتقوم كالحر فيعتبر قيمته الأول ومهر المثل في الثاني ووجه
الفرق أن الحر ليس بمال أصلا فيكون ذكره كالمعدوم بخلاف الخمر فإن ماليته متحققة للمسلم لا عليه لأنه معقود عليه للذمي
المستحق للذمي على مثله فيكون المالية ملحوظة في الجملة فلا يكون العقد خاليا عن المهر أصلا بخلاف الحر واعلم أنه على القول
الثاني يكون وجوب القيمة منوطا بمجرد العقد وإن لم يدخل بغير خلاف بخلاف القول الأول فإن فيه وجهين وكذا على
الثالث فإن الجهة التي توجب قيمة ملحقة بالثاني والتي يجب مهر المثل ملحقة بالأول قوله ولا تقدير في المهر بل
ما تراضيا عليه الزوجان وإن قل ما لم يقصر عن التقويم كحبة من حنطة وكذا لا حد له في الكثرة ولو قيل بالمنع من الزيادة
عن مهر السنة ولو زاد رد إليها وليس بمعتمد لا خلاف في أن المهر لا يتقدر في جانب القلة إلا بأقل ما يتمول ولا في جانب

العقدم

الكثرة فالاشهر بينهم عدم تقديره ابتداءً فيصح العقد على ما يتفقان عليه من غير تقدير وبه صرح عامة المتقدمين والمتأخرين
ما عدا السيد المرتضى فانه ذهب في الانتصار الى انه لا يجوز ان يتجاوز مهر السنة وهو خمسمائة درهم قدرها خمسون دينارا فمن
زاد رد الى السنة ونسب هذا القول الى ظاهر ابن الجنيد وليس كذلك فان ابن الجنيد صرح بجواز جعل المهر كل ما يتمول من قليل وكثير
ينتفع به وجوز ان يكون عينا او منفعة [illegible] ثم حكى [illegible] رواية المفضل بن عمر الدالة على انه لا يتجاوز مهر السنة [illegible] الرواية
مبينا للراوي وهذا دال على اختياره الا ان كثيرا ما ينقل في كتابه اخبارا من طرق العامة والخاصة لمناسبة المقام لا
للفتوى بمضمونها خصوصا مع التنبيه على الراوي الضعيف المؤذن برد روايته وفي الكلام عليها حجة الاكثر على جواز
الكثير من غير تقييد قوله تعالى وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا والقنطار المال العظيم من قنطرت الشيء
اذا رفعته ومنه القنطرة وفي ق القنطار وزن اربعين اوقية من ذهب او فضة او الف دينار والف ومائتا اوقية او
سبعون الف دينار او ثمانون الف درهم او مائة رطل من ذهب او فضة او ملء مسك ثور ذهبا او فضة وعموم قوله تعالى
فنصف ما فرضتم وقوله وآتوا النساء صدقاتهن نحلة وقوله فآتوهن اجورهن وروى الفضيل بن يسار عن الباقر عليه السلام قال
سألته عن المهر فقال هو ما تراضى عليه الناس وروى الوشاء في الصحيح عن الرضا عليه السلام قال سمعته يقول لو ان رجلا
تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين الفا وجعل لابيها عشرة آلاف كان المهر جائزا والذي سماه لابيها فاسدا وصنيع عمر مع المرأة
التي عجبته حين نهى عن المغالاة في المهر واحتجاجها بآية القنطار مشهورة وروى الشيخ وغيره ان عمر تزوج ام
كلثوم بنت علي عليه السلام فاصدقها اربعين الف درهم وان انس بن مالك تزوج امرأة على عشرة آلاف وتزوج الحسن
امرأة فاصدقها مائة جارية مع كل جارية الف درهم وروى غيره ذلك مما هو [illegible] في عهد الصحابة والتابعين
ولم ينكره احد لانه نوع معاوضة فيتبع اختيار المتعاوضين في القدر كغيره من المعاوضات واحتج السيد المرتضى على مذهبه
باجماع الطائفة وهو عجيب فانه لا يعلم له موافق فضلا عن ان يكون مما يدعى فيه الاجماع وقد اتفق له ذلك في الانتصار
في مسائل كثيرة ادعى فيها الاجماع وليس له موافق ذكرنا جملة منها في بعض الرسائل واحتج ايضا بان المهر يتبعه احكام شرعية
فاذا وقع العقد على مهر السنة فما دون ترتبت عليه الاحكام بالاجماع واما الزائد فليس عليه اجماع ولا دليل شرعي فيجب نفيه
وانت قد عرفت الدلائل الشرعية الدالة على جواز جعل المهر قليلا وكثيرا فيجب اثباته خصوصا الدلالة من جهة الآيات
فانها حجة عند المرتضى اما الاخبار فانه لا يعتبر منها الا المتواتر وهو منتف هنا ويمكن على قاعدته الاصولية من ان العموم
ليس له صيغة مختصة ان يدعي في جميع الآيات كونها محتملة للعموم والخصوص ولما كان الخصوص غير متيقن [illegible]
لم يكن دالا على مطلوب الخصم معلوما لجواز ان يكون المراد من المخصوص ما يوافق مهر السنة فما دون فيرجع الامر معه الى [illegible]
الاقتصار على مهر السنة لا دليل عليه لانتفاء [illegible] وان استند الى الاجماع [illegible] وهو متحقق في مهر
السنة فما دون قلنا بموجبه ومنعنا انحصاره فيما ذكر بل هو [illegible] في كل قليل وكثير لما عرفت من انحصار المخالف فيه
اما الاحتجاج لقوله برواية محمد بن سنان عن المفضل بن عمر قال دخلت على ابي عبد الله عليه السلام فقلت اخبرني عن مهر المرأة الذي لا يجوز
للمؤمنين ان يجوزوه قال فقال السنة المحمدية خمسمائة درهم فمن زاد على ذلك رد الى السنة ولا شيء عليه اكثر من الخمسمائة درهم
ففيه مع [illegible] الاحتجاج لان المرتضى لا يرتضي العمل بالحديث [illegible] وان كان صحيحا مشهورا موافقا للاصول فكيف [illegible] وفي طريقه محمد بن
سنان وهو ضعيف مطعون عليه بامور كثيرة منها انه قال عند موته لا ترووا عني مما حدثت شيئا فانما هي كتب اشتريتها

من السوق والمفضل بن عمر [illegible] في الضعف حتى قال عنه النجاشي انه فاسد المذهب مضطرب الرواية لا يعبأ به وقيل كان خطابيا
فهذا حاله من جهة الاسناد واما من جهة المتن [illegible] لعموم الكتاب والسنة [illegible] فيما بعد ذلك فان
اعطاها من الخمسمائة درهم درهما او اكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شيء عليه قال قلت فان طلقها بعد ما دخل بها قال
لا شيء لها انما كان شرطها خمسمائة درهم فلما ان دخل بها قبل ان تستوفي صداقها هدم الصداق فلا شيء لها انما لها ما اخذت
من قبل ان يدخل بها فان طلبت بعد ذلك في حياته او بعد موته فلا شيء لها وانظر الى هذه المخالفات العجيبة والاحكام
الغريبة هنا في هذا الخبر الواحد وكيف يحسن بعد ذلك الاستناد اليه في حكم من هذه الاحكام مع مخالفته [illegible] جميعها
لما عليه علماء الاسلام بل مثل هذا لا ينبغي ايداعه كتب الحديث فضلا عن ان يجعل مستند الحكم قوله ويكفي في المهر
وان كان حاضرا او لم يجعل وزنه وكيله كالصبرة من الطعام والقطعة من الذهب لما كان النكاح ليس على حد المعاوضات
الحقيقية والركن الاعظم فيه الزوجان والمهر دخيل على العقد لم يعتبر في العلم به ما يعتبر في غيره من اعواض المعاوضات كالبيع
بل يكفي مشاهدته عن اعتباره بالكيل والوزن والعدد وان كان الاصل [illegible] الاعتبار باحدها لزوال معظم الغرر بالمشاهدة
واغتفار الباقي في هذه المعاوضة ولان الله تعالى سماه نحلة وهي العطية ومن شأنها تحمل مثل هذا الغرر والاذن وعموم
الاخبار الدالة على جواز جعل المهر ما تراضى به الزوجان الشامل لذلك وقول الكاظم عليه السلام كان الرجل يتزوج على عهد رسول
الله صلى الله عليه وآله على القبضة من الحنطة ثم ان [illegible] لم يتوقف الامر على العلم بقدره او علم بعد ذلك فلا كلام وان استمر مجهولا
واحتيج الى معرفته لتلفه قبل التسليم او بعده وقد طلقها قبل الدخول ليرجع بنصفه فالوجه الرجوع الى الصلح اذ لا طريق غيره
واحتمال وجوب مهر المثل كما ذكره بعضهم لا يوافق مذهبنا من ان ضمان المهر ضمان يد لا ضمان معاوضة ومن ثم كان التلف
قبل القبض يوجب الرجوع الى القيمة نعم هو مذهب العامة وليس هذا كالوزن وجها على مهر مجهول ابتداء ومن ثم صح في الاول
بخلاف المجهول [illegible] تحققه قوله ويجوز ان يتزوج امرأتين واكثر بمهر واحد ويكون المهر بينهن بالسوية وقيل تقسط
على مهور امثالهن وهو اشبه اذا تزوج امرأتين فصاعدا بعقد واحد بعين واحدة او مبلغ واحد صح النكاح عندنا
لوجود المقتضي له وهو العقد الجامع لشرائطه وانتفاء المانع اذ ليس الا جمع المهر على شيء واحد وهو لا يصلح للمانعية لانه
على تقدير الصحة يظهر حق كل واحدة بالتوزيع وعلى تقدير البطلان لا يؤثر في العقد كما [illegible] وهل يصح المهر ام لا فيه وجهان
احدهما وهو الذي قطع به المص والاكثر الصحة لانه معلوم جملة وحصة كل واحدة يمكن علمها بعد ذلك كثمن المبيعين
في عقد واحد والثاني البطلان لان المهر هنا متعدد في نفسه وان كان مجتمعا وحصة كل واحدة منهن ليست معلومة عند
العقد وعلمها بعد ذلك لا يفيد الصحة كما لو كان مجهولا [illegible] وعلم به بعد ذلك ومنع صحة البيع لمالكين [illegible]
بثمن واحد كما هو مذهب الشيخ في [illegible] وغيره ولانه كعقدين والثمن غير معلوم بالنسبة الى كل واحد منهما [illegible]
اذا اختلفت القيمتان والاشهر الجواز لقوله المهر ما تراضى عليه الزوجان وهذا يصدق عليه ذلك ولان المسوغ مقابلة
البضعين من حيث الاجتماع ولا يلزم من التقسيط الحكمي التقسيط اللفظي وهو الحاجب عن بيع المالكين ولو سلم المنع
في البيع لامكن افراد المهر بالجهة لانه ليس على حد المعاوضات المحضة وان اشبهها ولحق بها في بعض الاحكام ويغتفر من الجهالة
ما لا يغتفر في غيره والوجهان حكاهما الشيخ في ط ولم يتعرض المص لحجة البطلان [illegible] على الصحة فضبط المستحق لكل واحدة
ليعرف مقدار ما يجب لها منه وفيه وجهان احدهما انه يقسط على عدد رؤوسهن بالسوية لان الاصل في الاطلاق الاستحقاق

انا قيل لفلان وفلان كذا والترجيح على خلاف الاصل ولان النكاح لا يعتبر فيه قيمة البضع وليس معاوضة محضة
وهذا هو الذي اختاره الشيخ ومن تبعه والثاني انه يقسط على مهور امثالهن ويعطى كل واحدة ما يقتضيه التقسيط
كما لو باع عبده وعبد غيره بثمن واحد او جمع بين بيع ونكاح لانه اذا ذكر المال في عقد المعاوضة وجب [illegible]
ما بعثه لقيمة المعوض ومن ثم يكون زيادة العوض ونقصانه [illegible] زيادتها ونقصانها وقيمة البضع هي مهر
المثل فيكون قسط كل واحدة بحسبه وهذا اختيار المص والاكثر وهو الاقوى وعلى القول [illegible] المهر فلكل واحدة
مهر امثالها كما لو اصدقها مجهولا لا يتعذر تقويمه كعبد ودابة وشيء لان الصداق وان كان عوضا في اصله الا انه
ذكر في العقد جرى مجرى احكام المعاوضات والعقد من مواضع [illegible] يثبت مهر المثل ويحتمل الفرق حيث توزيع المسمى هنا على
امثالهن ويثبت لكل واحدة ما يقتضيه التوزيع ويكون الحاصل لها على هذا القول الحاصل لها اذا قلنا بصحة المسمى
والفرق بينه وبين المجهول المطلق تعذر تقويم ذلك وامكان تقويم هذا واعلم انه لو زوج ابنه من رجل [illegible] صداقا واحدا
النكاح والصداق [illegible] لان المسمى هنا واحد [illegible] كما لو باع عبدين بثمن واحد ولو كان له بنات ولآخر بنين فزوجهن
صفقة واحدة بمهر واحد بان قال زوجت بنتي فلانة من ابنك فلان وفلانة من فلان [illegible] بالف ففي صحة الصداق [illegible]
وجهان واولى بالبطلان هنا وقيل به هنا لان تعدد العقد هنا اظهر لتعدد من وقع العقد به من الجانبين قوله ولو
تزوجها على خادم غير مشاهد ولا موصوف قيل كان لها خادم وسط وكذا لو تزوجها على بيت استنادا الى رواية
ابي حمزة او على دار على رواية ابن ابي عمير عن بعض اصحابنا عن ابي الحسن عليه السلام [illegible] اذا اعقد على مهر مجهول بحيث
لا يمكن استعلامه في نفس العقد [illegible] بطل المسمى ويثبت مهر المثل لامتناع تقويم المجهول على هذا الوجه ولكن
استثنى الشيخ وجماعة ما ذكره المص من الخادم والبيت والدار استنادا الى رواية علي بن ابي حمزة قال قلت لابي الحسن عليه السلام
رجل تزوج امرأة على خادم قال لها وسط من الخدم قال قلت على بيت قال وسط من البيوت وفي الخبر [illegible] رواية
ابن ابي عمير عن بعض اصحابنا عن ابي الحسن عليه السلام في رجل تزوج امرأة على دار قال لها دار وسط ولا يخفى ضعف الرواية
الاولى بعلي المذكور فانه رأس الواقفية والثانية مرسلة لكن مرسل ابن ابي عمير قبله الاصحاب اعتمادا منهم على انه لا يرسل
الا عن الثقة مع انه روى الرواية الاولى عن ابن ابي حمزة فان تم ما قالوه فهو [illegible] الرواية مع ذكر [illegible] عنده لا مع تركه ولا
لهذه الدعوى من اثبات والاقوى بطلان المهر كغيره والاقوى الرجوع الى مهر المثل لما ذكر ولان الوسط من هذه الاشياء لا
ينضبط بل هو مختلف اختلافا شديدا خصوصا مع عدم تعيين بلد الدار والبيت قوله ولو تزوجها على كتاب الله وسنة
نبيه ص ولم يسم مهرا كان مهرها خمسمائة درهم هذا هو الحكم المشهور بين الاصحاب والاخبار بكون مهر السنة خمسمائة
درهم مستفيضة واما كونه على كتاب الله [illegible] على [illegible] بخصوصه لكنه [illegible] قال وما آتاكم الرسول فخذوه وما
نهاكم عنه فانتهوا [illegible] في السنة [illegible]
هذا الحكم بخصوصه اسامة بن حفص وكان قيما لابي الحسن موسى ع قال قلت له رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا وكان في الكلام
ان تزوجتك على كتاب الله وسنة نبيه ص فمات عنها او اراد ان يدخل بها فما لها من المهر قال مهر السنة الحديث [illegible] في طريقه
محمد بن عيسى عن عثمان بن عيسى فان كان على الحكم اجماع والا [illegible] اشكال [illegible] الكتاب والسنة اعم من جعل المهر مهر
السنة [illegible]

السنة فلا كفاية بذلك عن ذكر القدر في العقد نظرا الى قوله [illegible] على المهر الذي تزوج به فلان ثم الرضا ولعل الاولى
السنة هنا للعقد وقيل لا يعلمه او قد يعلمه احدهما دون الاخر والحكم بالعقد محتاج الى مستند صالح وكثير من المتقدمين
كابن الجنيد وابن بابويه وسلار لم يذكروا هذه المسألة ومقتضى الحكم ان المهر المذكور يثبت بالعقد كما لو سماه [illegible]
كمهر السنة الثابت للمفوضة على بعض الوجوه ويدل عليه اشتراكه بالموت قبل الدخول كما يظهر من الرواية قوله ولو سمى للمرأة
مهرا ولابيها شيئا معينا لزم ما سمى لها وسقط ما سمى لابيها [illegible] او شرط ان يعطي اباها شيئا معينا قيل
صح المهر والشرط خلافا لابن الجنيد ولا حجة في ان المهر نفسه لا يجوز فرضه لغير الزوجة ولا بعضه ابتداء سواها لانه عوض
البضع شرعا فاذا سمى لها في العقد شيئا ولابيها او غيره من الاولياء او الواسطة او الاجنبي شيئا آخر فلا يخلو اما
ان يكون المشروط لغيرها من جملة المهر او خارجا عنه فالبحث يقع في موضعين احدهما ان يكون المشروط لغيرها خارجا
عن المهر وهي المسألة الاولى بان يجعل مهرها الفا مثلا فيعقدان على ذلك ويشترطان لابيها في نفس العقد شيئا آخر
قد قطع المص وبعض الاصحاب بلزوم ما جعل لها وعدم صحة ما جعل لغيرها لصحيحة الوشاء عن الرضا عليه السلام [illegible]
قال لو ان رجلا تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين الفا وجعل لابيها عشرة آلاف كان المهر جائزا والذي جعل لابيها
فاسدا واطلاق الرواية يقتضي عدم الفرق بين كون المجعول له [illegible] في تقليل مهر الزوجة بسبب جعله في العقد وفصل فيها
الامر بين [illegible] وغيره ولم يخالف في ذلك احد من الاصحاب الا ابن الجنيد قال ولا يلزم الزوج غير المهر من جعل الجعيل للولي
او واسطة ولو وفى الزوج بذلك تطوعا كان احوط للقول النبوي احق الشروط ما نكحت به الفروج فان طلقها قبل الدخول
لم يكن عليها الا نصف الصداق دون غيره وان كان قد دفع ذلك يرجع عليها بنصف المهر كل الجعالة على الواسطة [illegible]
والوجه ان يقول ان كان ما جعل للواسطة شيئا على فعل مباح وفعله لزمه وان سقط منه شيء بالطلاق فلا [illegible]
على فعل مطلوب في نظر العقلاء فكان واجبا بالعقد كغيره وان لم يكن على جهة الجعالة بل ذكر في العقد لم يكن عليه شيء سواء
الطلاق او لا وما ذكره جيد الا انه خارج من محل الفرض لان الكلام فيما شرط في العقد ويلزم بمجرده وكذلك كلام ابن
الجنيد [illegible] على جعل الاحتياط رعاية الحديث النبوي فاذا فعل على هذا الوجه لا يملكه القابض بمجرد الدفع
فيجوز الرجوع فيه بعد سواء طلق ام لا لكن [illegible] الاحتياط [illegible] الى ان المطلوب من النكاح [illegible] الرجوع
مخالفة الحديث وما ذكره في الثاني انما يلزم من حيث الجعالة لا من حيث ذكره في العقد بل ذكره في العقد [illegible] الجعالة
فهو خارج من محل الفرض [illegible] الجعالة على [illegible] الاشكال في لزومه بالعقد وعدم الرجوع فيه بالطلاق
حيث لا يكون له مدخل في ذلك [illegible] الحكم في بعض [illegible] المسألة كما لو شرطت لابيها شيئا وكان الشرط مقتضيا على
تقليل المهر وظنت لزوم الشرط فان الشرط يكون كالجزء من العوض [illegible] هو المهر فاذا لم يتم لها الشرط [illegible]
ما سمته من المهر خاصة كما يستوضح نظائره من المعاوضات وذلك لا ينافي الرواية لان ما [illegible] من المهر ثابت على التقديرين
وانما الكلام في شيء اخر ولولا الرواية الصحيحة لكان القول [illegible] مهر المثل [illegible] لاشتمال المهر على شرط فاسد
فيفسد كما يفسد العقد لو كان العوض من لوازمه كالبيع الثاني ان يكون المشروط لابيها [illegible] جزء من المهر
والمشهور بين الاصحاب عدم صحته ايضا [illegible] ان المهر حق للزوجة [illegible]
لمقتضى العقد [illegible] ابن الجنيد [illegible] كان المرأة اشترطت [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

وهو مع عدم ذكره لا يكون كذلك لعدم العوض من الجانب الآخر ما لم يدخل فيلزم العوض ويلحق بالمعاوضة الثاني ان في المعاوضة لكل من المتعاوضين الامتناع من تسليم ما في جانبه من العوض حتى يسلم اليه الآخر سواء كان موسرا ام معسرا لحصول فائدة التعويض بجبرهما الحاكم على التقابض معا حيث يتعاسران لعدم الاولوية ولا خفاء في ان النكاح كذلك حيث يذكر المهر في العقد الثالث انه مع قبض احدهما باذن الآخر يسقط حق القابض من الامساك وحق الآخر ايضا لاستقرار ملك القابض فلا يستفاد منه الرابع ان الوطء في النكاح هو القبض اذ البضع لا يدخل تحت اليد وان كانت الزوجة امة لان ملك الرقبة لغير مالك الاستمتاع ولا يجب عليه عوض البضع بالغصب ما لم يطأ ويحتمل كون الوطء ليس قبضا تاما كقبض المبيع لان المعتبر منه قبض مجموع العوض الواقع في مقابلة الآخر والواقع في مقابلة المهر ليس هو الوطء مرة واحدة بل مجموع حق البضع وحيث لا يمكن دخوله بأجمعه تحت اليد لا يتصور التقابض من الجانبين فيبقى حق قبضه ما دامت منفعته متجددة بخلاف ما يكون قبضه جملة كالمهر والمبيع الخامس ان المهر يجب جميعه بالعقد وان توقف استقراره على الدخول وهو اشهر القولين والروايتين ويكفي في استقراره الدخول ولو مرة اجماعا وهو يؤيد الاول من وجهي السابقة السادس انه ليس في مقابلة باقي الوطآت عوض في الذمة للاتفاق على وجوب جميعه بالوطء الواحد وان كان متعلق المعاوضة هو البضع الذي يتجدد استيفاؤه في كل وقت على وجوده بخلاف المنقطع فان المهر فيه في مقابلة مجموع المدة ومن ثم يسقط عنه من المهر بحسب ما يفوته عليه من المدة اختيارا السابع هل يثبت ها هنا في القبض وقوعه طوعا ام يكتفي به مطلقا وجهان من حصول الغرض وانتقال الضمان به كيف اتفق ومن تحريم القبض بدون الاذن فلا يترتب عليه اثر الصحيح والحق ان بعض احكام القبض متحققة كاستقرار المهر بالوطء كرها او بعضها غير متحقق قطعا كالتفقه فيبقى الزوج في موضع النزاع حيث يحل لها كرها هل لها الامتناع بعده من الاقباض حتى تقبض المهر ام لا الثامن ان الحكم بوجوب التقابض في العوضين من الجانبين انما يتحقق مع استحقاق كل من المالكين العوضين معجلا فلو انتفى استحقاق التعجيل عن احدهما او عنهما معا انتفى الحكم كما لو كان احد العوضين مؤجلا او هما معا وحيث يختص احدهما بمانع التعجيل يختص الآخر بحكم استحقاق تعجيل اقباضه من غير تربص ويتصور عدم الاستحقاق في المسألة المفروضة من جانب المهر بتأجيله ومن جانب الزوجة بصغرها وعجزها عن موانع الاستمتاع واذا تمهدت هذه المقدمات فنقول الزوجان بالنسبة الى استحقاق المهر وتسليم الزوجة وجواز الامتناع منهما او من احدهما لا يخلو اما ان يكونا صغيرين بحيث لم يبلغا حد الاستمتاع او كبيرين او بالتفريق بان كانت الزوجة صغيرة والزوج كبيرا او بالعكس وعلى التقادير الاربعة اما ان يكون الزوج معسرا بالمهر او موسرا وعلى التقدير ان اما ان يكون قد دخل بها ام لا ويمكن فرض دخول الصغير بالكبيرة الثيب وبالصغيرة كذلك وعلى التقادير الستة عشر اما ان يكون المهر حالا او مؤجلا او بعضه حالا او بعضه مؤجلا وعلى تقدير تأجيله او بعضه اما ان يحل قبل الدخول او بعده فصور المسألة ثمانون صورة وخلاصة القول فيها ان الزوجة ان كانت كاملة صالحة للاستمتاع ولم يكن قد دخل بها الزوج والمهر حال فهو موضع فلها الامتناع من التمكين حتى تقبض مهرها بتمامه اتفاقا لا بمعنى وجوب ابتداء الزوج بتسليم المهر اولا بل انما بذلك اذا تقابضا معا بان يؤمر الزوج بوضع الصداق في يد من يتفقان عليه او بعدل ويؤمر بالتمكين فاذا مكنت سلم العدل الصداق اليها وهذا في الحقيقة في معنى اقباض المهر اولا الا ان ما يخافه الزوج من عدم وصوله اليها يستدرك بوضعه على يد العدل فيصير في معنى التقابض معا حيث ان القابض ما نقبضه ما وانما اعتبرنا المسألة في المقدمة الاولى كان في النكاح معنى المعاوضة وفي الثانية من ان لكل من المتعاوضين الامتناع من الاقباض حتى يقبض الآخر وطريق الجمع ما ذكر وفي المسألة وجه آخر ان احدهما انه يجبر الزوج

يلتزم

على تسليم الصداق اولا لانها اذا سلمت نفسها او الفرق بينهما ان فات المال يستدرك وفائت البضع لا يستدرك والثاني انه لا يجبر واحد منهما الكونه ولا بادر احدهما الى التسليم اجبر الآخر على تسليم ما عنده واصحهما الاول لما فيه من الجمع بين الحقين ودفع الضرر عن المسلم الثاني وفي الثالث انه قد يؤدي الى بقاء النزاع لعدم بدأة احدهما ولا بد من نصب طريق شرعي يحسمها فهذه الاوجه قد حصل مثلها في البيع وفيه وجه رابع لا يأتي هنا وهو ان البائع يجبر على التسليم اولا فاذا استقر البدل في يد المشتري الزم بتسليم العوض وهنا لا يمكن الابتداء بالمرأة لان منفعة البضع اذا فاتت تعذر استدراكها والمال يمكن استرداده ولا فرق في هذه الحال بين كون الصداق عينا او منفعة او في الذمة وهل يختلف ذلك باعسار الزوج ويساره الاكثر على عدمه وهو الذي يقتضيه القاعدة الثانية لان عجز احد المتعاوضين لا يسقط حق الآخر مما ثبت له ويظهر من ابن ادريس انه ليس لها الامتناع مع الاعسار لان منع المطالبة ويضعف بما ذكرناه فان منع المطالبة لا يقتضي وجوب التسليم قبل قبض العوض لكن يختلف الحال فانه مع يساره ومطالبتها يأثم الزوج ويستحق النفقة وان لم تسلم نفسها اذ بذلت التمكين بشرط تسليم المهر لان المنع حينئذ بحق ولا يقدح في التمكين ومع اعساره فلا اثم عليه بالتأخير وفي استحقاقها النفقة حينئذ وجهان من عدم التمكين اذ هو معلق بامر ممتنع عادة وهو الذي جزم به الشهيد في شرح د ومن ان المنع بحق كالموسر لاشتراكهما في بذل التمكين بشرط تسليم المهر وامتناع التسليم عادة لا دخل له في الفرق مع جواز الاحتيال بالاقراض ونحوه وهذا اجود ولا فرق مع عدم الدخول بين كونها قد مكنت منه فلم يقع وعدمه فلها العود مع الامتناع بعد التمكين الى ان يقبض المهر وفي بعض الحكم الى ما كان قبله لما تقدم في المقدمة الرابعة ان القبض لا يتحقق في النكاح بدون الوطء ولو لم يكن المرأة مهيأة للاستمتاع بان كانت مريضة او محبوسة لم يلزمه تسليم الصداق لما تقدم من اشتراط وجوبه عليه بالتقابض من الجانبين ولو كانت صغيرة لا تصلح للجماع وطلب الولي المهر فهل يلزمه التسليم قبل كالمهادنة وجهان من تعذر التقابض من الجانبين لعدم امكان الاستمتاع وهو خيرة الشيخ في ط ومن ان الصداق حق ثابت وقد طلبه المستحق فيجب دفعه اليه وعدم قبض ما يقابله من العوض ليس لتقصير من الزوج عليه حيث عقد عليها كذلك واوجب على نفسه المال في الحال كالعكس لو كان المهر مؤجلا هذا هو الاقوى ومحل الاشكال اما الوسيط للامتناع منها اما الوصلة لعدم الوطء فطلبها الزوج كذلك فهي جهة تجاسر وجهان من تحقق الزوجية المقتضية لجواز الاستمتاع فلا يسقط بعضه بتعذر بعض فيجب التسليم للمتمكن ومن ان المقصود الذاتي من الاستمتاع الوطء والباقي تابع فاذا انتفى المتبوع انتفى التابع ولسكنها العبرة للحضانة والزوج ليس لها اهلا وانما هو حق للاب فلا والانه لا يؤمن ان تحمله شهوته على ان يأتيها فيتضرر وعلى هذا او بذلك لم يجب عليه القبول لان حق الاستمتاع ولم يخلف فيها ولو وجب له لزمه نفقة الحضانة والتربية وهو منتف وهذا اقوى وهو خيرة ط ولو كانا معا صغيرين فطلب المهر من وليه فالوجهان في الكبير مع الصغيرة وذلك لعدم الوجوب او قبل به ثم وجودها استوائهما فيه ولو انعكس بان كانت كبيرة والزوج صغيرا فالوجهان والخيار بعد عدم وجوب تسليم المهر في الجميع كما لا يجب النفقة بمعنى ان الامتناع عن مكن يتم في النفقة لا في المهر لما قررناه هنا كله اذا كان المهر حالا كله فلو كان مؤجلا لم يكن لها الامتناع قبل حلوله قطعا لو لا يجب لها عليه شيء حينئذ فيبقى وجوب حقه عليها بغير معارض ولرجوعها على الرضا بتسليم نفسها قبل قبضه كالبيع اذا كان الثمن مؤجلا ثم ان سلمت نفسها اليه فلا كلام وان اخلت وقد منعت على فعل الحرام حتى حل الاجل وجب المهر ففي جواز امتناعها بعد ذلك كالحال وجهان من اشتراكهما في المعنى ومن استقرار وجوب تسليمها قبل الحلول فيستصحب ولانها لما رضيت بالتأجيل بنت امرها

على ان لا حق لها في الامتناع فيمتنع ثبوته بعد ذلك لانتفاء المقتضي وهذا هو الاقوى وبه قطع في ط وتبعه الاكثر ومنهم المصنف في التحرير في هذا الكتاب لكنا ذكرناه هنا لمناسبة استيفاء الاقسام وفي كلام الشيخ في ط ما يقتضي جواز الامتناع وهنا ايضا الا الحلول جواز امتناعها حتى تقبض المهر والحال فلا نقدر حمولا على الحال لانه يحل الحال لا المؤجل ولو كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا فلكل واحد منهما حكم نفسه فلها ان تمتنع حتى تقبض الحال دون المؤجل وان حل كما قررناه وجميع هذا البحث على تقدير عدم الدخول اما بعده فهل لها الامتناع لو اراده حتى تقبض المهر كما كان لها ذلك قبله قولان احدهما العدم وهو الذي اختاره المصنف وجماعة المتأخرين ومن المتقدمين الشيخ في ف والمرتضى وابو الصلاح وهو الاقوى عملا بمقتضى القواعد السابقة فان المهر قد استقر بالوطء وقد حصل تسليمها نفسها برضاها وحتى سلم احد المتعاوضين الذي قبله باختياره لم يكن له بعد ذلك حبسه ومن حكم ما ذكرناه من الاحتمال في المقدمة الرابعة جواز امتناعها بعد الدخول ايضا لعدم التقابض ولم يخالف باقي القواعد وهو خيرة الشيخ في ط وقبله المفيد وتبعهما القاضي وفرق ابن حمزة بين تسليمها نفسها اختيارا او اكراها فحكم بعدم حقها من الامتناع في الاول دون الثاني وهو مبني على ما ذكر في المقدمة السابعة وفي قوله قوة وفي معناه ما لو سلم الولي من ليست بكاملة ولم يقبض الصداق فهل لها الامتناع بعد الكمال حتى تقبضه وجهان واولى بعدم الجواز هنا لان تسليم الولي شرعي لا سيما مع جواز تسليمها قبل القبض كغيره من المعاوضات فتساوي المكرهة في الحكم وبهذه جملة الاحكام المتعلقة بصور المسألة كلها ويستحب تقليل المهر ويكره ان يتجاوز السنة وهو خمسمائة درهم في هذا استحباب تقليل المهر وان لا يتجاوز مهر السنة التي تزوج بها النبي صلى الله عليه وآله نساءه وزوج بها بناته المناسبة به وقوله صلى الله عليه وآله افضل نساء امتي اصبحهن وجها واقلهن مهرا وقوله صلى الله عليه وآله ان اعظم النكاح بركة ايسره مؤنة وقال الباقر عليه السلام ما زوج رسول الله صلى الله عليه وآله سائر بناته ولا تزوج شيئا من نسائه على اكثر من اثنتي عشرة اوقية ونش والاوقية اربعون والنش عشرون درهما فذلك خمسمائة درهم وعن الحسين بن خالد قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن مهر السنة كيف صار خمسمائة فقال ان الله تبارك وتعالى اوجب على نفسه الا يكبره مؤمن مائة تكبيرة ويسبحه مائة تسبيحة ويحمده مائة تحميدة ويهلله مائة تهليلة ويصلي على محمد وآل محمد مائة مرة ثم يقول اللهم زوجني من الحور العين الا زوجه الله حوراء وجعل ذلك مهرها ثم اوحى الله الى نبيه صلى الله عليه وآله ان سن مهور المؤمنات خمسمائة درهم ففعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله وايما مؤمن خطب الى اخيه حرمته فبذل خمسمائة درهم فلم يزوجه فقد عقه واستحق من الله عز وجل ان لا يزوجه حوراء واطلاق الاخبار ان الكراهة متعلقة بالمرأة وبوليها لا بالزوج وعبارة المص شاملة لهما وقد يكون تعلق الكراهة من حيث الاعانة على المكروه وان امكن القضاء والاعلاء كراهة من قبله مع انه قد تقدم امهار الحسن عليه السلام امرأة مائة جارية مع كل جارية الف درهم قوله وان يدخل بالزوجة حتى يقدم مهرها او شيئا منه او غيره ولو هدية مستند الحكم رواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام قال اذا تزوج الرجل المرأة فلا يحل له فرجها حتى يسوق اليها شيئا فقال او درهم فما فوق او هدية من سويق او غيره قال الشيخ في ب وهذه الرواية وردت على جهة الافضل فاما ان يكون ذلك واجبا او تركه محظورا فلا لما رواه عبد الحميد الطائي قال قلت لابي عبد الله عليه السلام اتزوج المرأة وادخل بها ولا اعطيها شيئا فقال نعم يكون دينا عليك مع ان الرواية الاولى قاصرة عن افادة التحريم من حيث السند واما الكراهة فيكفي فيها مثل ذلك كما الاصحاب والشيخ عبر في يب بلفظ الرواية فاعترض ابن ادريس بان الفرج يستباح بالعقد لا بالهدية وعذره مع متابعة الرواية التجوز في تعليق الحكم على ما تقدم من العقد في الاستحباب قوله في التفويض وهو قسمان تفويض البضع وتفويض المهر اما الاول فهو ان لا يذكر في العقد مهرا اصلا مثل ان يقول زوجتك فلانة او يقول هي زوجتك نفسي فيقول قبلت التفويض لغة

اذ لا تم

ردّ الامر الى الغير او الاهمال ومنه لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا وشرعا ذكر المهر او البضع الى احد الزوجين او ثالث او اهمال ذكره في العقد وتسمى المرأة مفوضة بكسر الواو للتفويض امرها الى الزوج او الولي بلا مهر او لانها اهملت المهر ومفوضة بفتحها لان الولي فوض امرها الى الزوج او لان الامر في المهر مفوض اليها ان شاءت فرضته والتفويض نوعان تفويض البضع وتفويض المهر فالاول اخلاء العقد عن ذكر المهر بفعل الزوجة او من يقوم مقامها كقولها زوجتك نفسي او فلانة فيقول قبلت وهو عقد صحيح اجماعا والثاني يأتي قوله ذكر المهر ليس شرطا في العقد فلو تزوجها ولم يذكر مهرا او شرط الا مهر صح العقد فان طلقها قبل الدخول فلها المتعة حرة كانت او مملوكة ولا مهر وان طلقها بعد الدخول فلها مهر امثالها ولا متعة وكذا يجب مهر المثل بالعقد وان طلقها بعد الدخول فلها مهر امثالها ولا متعة وانما يجب بالدخول قد قررنا في اول الباب ان المهر ليس ركنا من اركان النكاح بخلاف العوضين في البيع ونحوه من عقود المعاوضات وانه يقوم بالزوجين وان كان العوض لازما في الجملة فلذلك صح وان لم يذكر في العقد مهر سواء اطلق ام شرط الا مهر عليه في الحال او مطلقا لان عدم ذكره في معنى نفيه في الحال وذلك لا ينافي حكم التفويض ووجوبه في الحال نعم لو صرح بنفيه في الحال والمال على وجه يشمل ما بعد الدخول فسد العقد في قول قوي لمنافاته مقتضاه لان من مقتضياته وجوب المهر في الجملة اما بالعقد او بالفرض او بالدخول وما في معناه فاشتراط نفيه في جميع هذه الاحوال فقد شرط ما ينافي مقتضى عقد النكاح فيفسد ويفسد به وجه لحوقه بالصحيح والحاقه بالاولى فاسد لانه تقول على ان لا مهر بصيغة نكرة منفية وهي من صيغ العموم فيتناول الحال والمآل وقد حكم بالصحة وتخصيصها بمقتضى التفويض ويكون الحكم فيها لو صرح بالعموم كذلك لاشتراكهما في قبول التخصيص وفيه ان اطلاق العموم لا ينافي التخصيص اما التصريح بنفيه كذلك فانه للتخصيص ظاهر لان الجمهور ان نفي المهر في الحال ليس ينافي ثبوته في احدهما وغير مجهر ثالث بينا التفويض دون العقد فيجب مهر المثل كما لو شرط في المهر ما يفسده اذا تقرر ذلك فنقول من حكم التفويض انه لا يجب المهر لها بالعقد عندنا ولا المتعة انما يجب المتعة بالطلاق قبل الدخول ومهر المثل بالدخول او ما يتفقان عليه من المهر قبل الدخول فاذا طلقها بعده فلها نصف ما فرض اما وجوب مهر المثل بالدخول فيدل عليه اخبار كثيرة منها رواية منصور بن حازم قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا فلا شيء لها من الصداق فان كان دخل بها فلها مهر نسائها ويدل على وجوب المتعة بالطلاق ونصف الفرض ان تعفا عليه وجميعها ان لم يطلق قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وسيأتي وقوع الطلاق قبل المسيس وقبل الفرض انما يوجب ما دل عليه قوله فنصف ما فرضتم وبعد الدخول يجب مهر المثل سواء طلق ام لا لصول الفرقة وان طلقها قبل الدخول فلها مهر امثالها يعني عند قوله ولا يجب مهر المثل بالعقد وانما يجب بالدخول لان الدخول لو كان موجبا له فلا اثر للطلاق في الا عدم ذلك كان يترك انسب لما يوهم كون الطلاق له مدخل في ثبوته من حيث ان تعليق الحكم على وصف يشعر بعليته ويبقى من احكام المفوضة ما لو مات احدهما قبل الدخول والطلاق فان كان الموت قبل الفرض فلا شيء لها لانتفاء سبب الوجوب لانه منحصر في الفرض والدخول فيحكم بنفيه باصالة العدم وبراءة الذمة وان كان بعد الفرض ثبت المفروض بتمامه على الاصح لخلوه عن المعارض في المتوفى عنها زوجها قبل الدخول ان كان فرض لها فلها مهرها ان لم يكن فرض مهرا فلا مهر ولها الميراث بثبت على كل حال لتحقق الزوجية المقتضية له قوله المعتبر في مهر المثل حال المرأة في الشرف والجمال وعادة نسائها ما لم يتجاوز السنة وهو خمسمائة درهم مهر المثل هو قيمة المثل بالنسبة الى البضع المخصوص وهو ما يبذل في مقابلة نكاح امثال المرأة من المشاركة لها في صفاتها التي تزيد المهر بها وينقص باعتبارها لان ذلك هو المفهوم من المثل لغة وقد ذكر المص

من صفاتها الشرف والجمال وعادة ولا شبهة في اعتبار ذلك لكن يعتبر معه رعاية باقي الصفات التي يتفاوت بتفاوتها المهر من
العقل والأدب والبكارة وصراحة النسب واليسار وحسن التدبير وما يجري مجرى ذلك وأضدادها لأن ذلك مما يختلف المهر باختلافه
ولهذا صرح المحققون وإن اختلف عباراتهم فيما يعتبر بالمهر فالمحصل ما ذكرناه والمعتبر في أقاربها من الطرفين على الأقوى
لاختلاف المهر باختلافهم ... ولأن النساء جمع مضاف فيعم الجميع وقيل يعتبر جانب الأب خاصة لعدم اعتبار الأم في ...
هو ممنوع ويعتبر في الأقارب أن يكونوا من أهل بلدها أو ما قاربه ... لا يختلف باختلافه المهر عادة على الأقوى ويتقيد المهر
والأكثر وذلك ما إذا لم يجاوز مهر السنة وهو خمسمائة درهم كما سلف استنادا إلى رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال سألته
عن رجل تزوج امرأة فوهم أن يسمي صداقها حتى دخل بها قال السنة والسنة خمسمائة درهم وفيها مع ضعف السند قصور الدلالة
لأن الكلام في المفوضة ومورد الرواية ما إذا وهم أن يسمي صداقا وهو يقتضي كونه أراد التسمية فنسيها وهذا ليس من التفويض
في شيء ولو كان العقد قد وقع بصورة التفويض يجاز اختلاف الحكم لذلك ومن ثم ذهب بعض علمائنا إلى أن مهر المثل لا يتقدر
بقدر لإطلاق الأخبار في ذلك مثل رواية عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا
ثم دخل بها قال لها صداق نسائها وموثقة منصور بن حازم قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل تزوج امرأة ... فإن كان دخل بها فلها
مهر نسائها وصحيحة الحلبي قال سألته عن رجل تزوج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها مهرا ثم طلقها فقال لها مثل مهور نسائها ونحو ذلك من
الأخبار ولكن لا يخفى ضعف هذا الطريق أو قطع لأنها مؤيدة لما يقتضيه الأدلة من كون مهر المثل عوض البضع وكونه ملحقا
بالأموال وهو يقتضي كونه ما يبذل عادة لأمثال تلك المرأة بالغا ما بلغ كسائر الأموال ولو قيل بما تضمنه الأخبار في عدم تقديره
بذلك حيث يجب مهر المثل لما اشتبه الجناية كالنكاح الفاسد ووطء الشبهة والإكراه ... الشبهة في هذه المسألة وهي مسألة
التفويض لا غير من حيث ذهب معظم الأصحاب إلى التقييد وخصوصه ... وتوقف في المخ لذلك ... ...
لمعارضة النصوص بقوة الدليل واعلم أن مهر المثل يثبت بصور جميع كثيرة ... ها هنا ... تنبيه على بيان كيفيته ومنها
التسمية الفاسدة وإذا خرج عادة فإنه ... واحد وقد تقدم ما في الباب ومنها الوطء في النكاح الفاسد والشبهة والإكراه وغيرها
قوله والمعتبر في المتعة بحال الزوج فالغني يمتع بالدابة أو الثوب المرتفع أو عشرة دنانير والمتوسط بخمسة دنانير أو الثوب المتوسط
والفقير بالدينار أو الخاتم وما شاكله المعتبر في المتعة الواجبة لمطلقة المفوضة قبل الدخول لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى
اليسار والإعسار كما نبه عليه بقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وروى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام إذا
كان الرجل موسعا عليه متع امرأته بالعبد والأمة والمقتر يمتع بالحنطة والزبيب والثوب والدراهم الحديث وعن أبي بصير
قال قلت لأبي جعفر عليه السلام والمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين ما أدنى ذلك المتاع إذا كان الرجل معسرا لا يجد قال الخمار
وشبهه وقد استفيد من الرواية انقسام حال الزوج إلى اليسار والإعسار والأصحاب قسموها إلى ثلاثة نظرا إلى الواقع ... لكل
مرتبة أشياء على مقتضى العرف ومناسبة مدلول الأخبار ... الأحاديث لأن مرجع الثلاثة إليهما والمراد بالدابة الفرس
هي قريبة من تمتع الغني بالعبد والأمة في معناهما البغل والبعير المقارب لطاقة الفقير لأن الحكم في ذلك التقريب العرفي لا التحديد
ويعتبر في الخاتم ... من ذهب أو فضة ويعتبر في الأحوال الثلاثة العرف بحسب حال البلد والوقت والشخص قوله ولا يستحق المتعة إلا
المطلقة التي لم يفرض لها مهر ولم يدخل بها الوجه في اختصاصها بذلك ثبوت الحكم لها بقوله تعالى لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن
أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر مع أصالة البراءة في غيرها وأما ما ... عليه الآية فإن الظاهر من نفي الجناح

سم

عدم لزوم المهر أو بعضه بالطلاق على هذه الحالة وهي طلاق المفوضة قبل المسيس وفرض مهر لها والأمر في الجناح ينوع عن الطلاق
مطلقا ثم أمر بالمتعة والأمر للوجوب وروى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها قال عليه نصف المهر
إن كان فرض لها شيئا وإن لم يكن فرض فليمتعها على نحو ما يمتع مثلها من الحديث ولا تجب المتعة لغير المذكورة فلو حصلت
البينونة بينهما بفسخ أو موت أو لعان أو غير ذلك من جهته أو قبلها أو منهما فلا متعة للأصل وقال الشيخ في المبسوط
ثبوتها بما يقع من قبله من طلاق أو فسخ أو من قبلها دون ما كان من قبلها خاصة وقوى في المخ وجوبها في الجميع والأقوى
اختصاصها بالطلاق عملا بمقتضى الخبر ورجوعا في غيره إلى الأصل ومجرد المشابهة قياس لا نقول به وهذا هو الذي
اختاره المصنف والأكثر ومنهم الشيخ في ... فقد يستحب المتعة لكل مطلقة وإن لم تكن مفوضة ولو قيل بوجوبه لكن عملا بعموم
الآية فإن قوله تعالى ومتعوهن يعود إلى النساء المطلقات وتقييده بما قبله من الأمرين لا يمنع عود الضمير إلى الجميع وقوله تعالى
بعد ذلك وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين مع قوله وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين والمذهب الاستحباب ويؤيده
رواية حفص البختري عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يطلق امرأته أيمتعها قال نعم أما يحب أن يكون من المحسنين أما يحب أن يكون
من المتقين وهو يشعر بالاستحباب ولكن الأخبار تشعر مع ذلك بالوجوب وروى الحلبي في الصحيح قال سألته عن رجل
تزوج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها مهرا ثم طلقها فقال لها مثل مهور نسائها ويمتعها وهو صريح في جامعة المتعة للمهر وفي
الخبر معناه الأمر الكاف بالرواية مقطوع ... مسندا إلى أبي عبد الله عليه السلام وسيأتي الكلام في ثبوتها للمطلقات الكافرة قوله
الحكم بالمهر في مفوضة المهر ولا فرق في ثبوت المتعة بين كون الزوج حرا أو عبدا والزوجة حرة أو أمة قوله لو تراضيا بعد
العقد بفرض المهر جاز لأن الحق لهما سواء كان بقدر مهر المثل أو أزيد أو أقل وسواء كانا عالمين أو جاهلين أو كان أحدهما
عالما لأن فرض المهر إليهما ابتداء فجاز انتهاء وقد عرفت أن المفوضة لا تستحق المهر بنفس العقد ولكنها تملك أن تطلب
المطالبة بفرضه وتعيينه قبل الدخول لتعرف ما تستحق بالموت أو الوطء وما يتشطر بالطلاق قبله أو الفسخ ثم إن اتفقت هي
والزوج على قدر معين صح ولم يكن لها غيره لأن الحق لهما ولا فرق بين كونه بقدر مهر المثل وأقل منه وأكثر ولا يعتبر علمهما
بقدر المثل وجهلهما والمفروض كالمسمى في ابتداء العقد وليس لأحدهما بعد تفاقهما على الفرض الرجوع
وإن اختلفا بأن فرض لها الزوج أقل ولم ترض به فإن كان مفروضه بقدر مهر السنة فما عدا ففي لزومه في طرفها وجهان
من أنه لو فرض إليها التقدير لما كان لها الزيادة عليه وكذا الحاكم كما سيأتي ومن أن البضع يقتضي مهر المثل والخروج عنه
يقتض المجاورة على خلاف الأصل فيقتصر فيه على ذلك الحاكم وإن كان أقل منه لم يقع بغيره ومنها اتفاقا فلو ترافعا
إلى الحاكم فرض لها مهر المثل من غير زيادة ولا نقصان ما لم يجاوز السنة فيرد إليها إن اعتبرنا ذلك في مهر المثل والأخير يتقيد
بذلك وهو الأقوى وقد تقدم ويشترط في فرضه معرفة بقدر مهر مثلها والأجرة فيه ... لأن ذلك مبني لا تقويم
المتلفات فيعتبر فيه معرفة القيمة وتقدير النفقات حيث يجب البدل وقيل لا يصح فرض الحاكم مطلقا لأن الفرض منه إثبات المهر في
ذمة الزوج وذلك منوط بتراضي الزوجين ولا مدخل لغيرهما فيه وضعف بأن ذلك تعيين لا إحداث بل يستند إلى أصله الحاصل
بالعقد وإنما الحاكم يقطع الخصومة بذلك بينهما ودفع المنازعة كما في تقدير النفقة الواجبة بالعقد ومع التمكين المستند إلى
الزوجين قوله لو تزوج المملوكة ثم اشتراها فسد النكاح ولا مهر لها ولا متعة المراد أنه اشتراها قبل الدخول إذ لو دخل
وجب المهر قبل الشراء للبائع سواء كانت مفوضة أم لا ولو اشتراها قبل الدخول فلا مهر لها قبله لأن ما كان يستحق بالعقد لأن المهر

٣٤١ المسألة
المحسنين

لو ثبت لها كان لمولاها سابق ولا متعة على تقدير كونها مفوضة لما ذكرناه ولأن المتعة مختصة بالطلاق كما مر قوله يصح التفويض
في البالغ الرشيدة ولا يتحقق في الصغيرة ولا في الكبيرة السفيهة ولو زوجها الولي بدون مهر المثل ولم يذكر مهرا صح العقد
وثبت لها مهر المثل بنفس العقد وفيه تردد منشؤه أن الولي له نظر المصلحة فيصح التفويض وثوقا بنظره وهو يشبه على التقدير
لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف مهر المثل وعلى الخيرة لها المتعة قوله لا كلام في صحة التفويض من غير المولى عليها لأن الحق في
ذلك لها وأمر النكاح إليها فلها الخيرة فيما شاءت من وجوه المصلحة ... شبهها والتفويض منه وكذا مع تعيين المهر بدون مهر المثل
وأما المولى عليها لصغر أو سفه أو بكارة على القول به فهل للولي أن يزوجها مفوضة أو بدون مهر المثل قولان سبق الكلام في الثلاثة
منها وأن الأقوى جوازه مع المصلحة وقد حكى المصنف فيها هنا قولان أحدهما صحة العقد وثبت لها مهر المثل ونحو المثل لأن النكاح
يلحق بالمعاوضات ... القول الثاني في ... وجهان نفوذه بالولي ... مهر المثل فيجب بتمامه عوض البضع فإن زوجها بدون
وقع فاسدا فوجب مهر المثل كما لو وجد المهر بغير ... قد تقدم له نظائر وكذا مع التفويض لاشتماله على المعاوضة على البضع بدون
مهر المثل على تقدير عدم الدخول وهو ممنوع ولهم يوجب مهر المثل بالعقد لكان تفويضا صحيحا والمفروض عدمه والذي وجدته
في كلام ... من يعين الفقيه ولزوم مهر المثل بالدخول في الموضعين قوله فيه فأما من يجبر على النكاح الصغر أو بكارة فلا يكون مفوضة
البضع ومن عقد عليها مفوضة لم تكن مفوضة ووجب مهر المثل بالعقد عندنا وعند قوم بالدخول وقال في الموضع الثاني
يجبر على النكاح من الصغيرة والبكر الكبيرة يجبرها أبوها أو جدها على النكاح فمتى زوجها مفوضة البضع كان الحكم فيه كالحكم فيمن لا
يجبر سواء وقال قوم ... ثم قال بعد ذلك إذا ثبت هذا فإن أجبرها فزوجها مفوضة لا يجب عليه ضمان المهر لأنه قد وجب
بالعقد وهذا الكلام الأخير ... ما وهم ما نقلوه عنه لأنه ... بالأول ... فإنه لم يكن حمله على وجود سبب وجوبه بالعقد
لا على وجوبه حقيقة لأنه ذكر في غير موضع أن المفوضة تملك بالعقد أن تملك المهر وقال وكل موضع حكمنا بأنها مفوضة لم يجب
بالعقد ... لأن المهر ما وجب لها لكن لها المطالبة بفرض المهر والمهر يجب لها بالفرض أو بالدخول كما صرح في باب
الأولياء ... تزوج الولي بدون مهر المثل يجبر ... العفو عن الصداق فلم يمكن ... وهذا كله موافق لما اختاره
المصنف من جواز تفويض الولي بضع المولى عليها أو زوّجها التقييد بدليل المصلحة وهو حسن إذا تقرر ذلك فيقول إذا طلقها قبل
الدخول في صورة التفويض بني على القولين فإن جعلنا الواجب مهر المثل بالعقد كما نقلوه عن الشيخ عن بعضهم وجب لها نصف مهر المثل
لأن الواجب بالعقد ينتصف بالطلاق وعلى القول بصحة التفويض يجب المتعة كما في كل مفوضة ولها على تقدير تزويجها بدون
مهر المثل فإن جوزناه بالمصلحة فلها مع الطلاق قبل الدخول نصف المسمى وإن أفسدناه ... الكمال كما هو المشهور فإن طلقها
قبل الكمال فلها نصف المسمى وإن طلقها بعده ... الوجه ... فيرجع إلى مهر المثل وإن جعلنا الواجب
مهر المثل بالعقد ... التسمية الفاسدة ... وجب بالطلاق نصف مهر المثل قوله ويجوز أن
يزوج المولى أمته مفوضة لاختصاصه بالمهر هذا كالمستثنى من الحكم السابق ... المولى عليها مفوضة حيث دفع فيها
الكلام ... فإن جواز تفويض بضع الأمة ... وإن شاركته في الولاية ... الفرق ما أشار إليه المصنف من أن المانع
هناك الحق المولى عليها ... عوض على البضع ... وهنا الحق للسيد أيضا بالمهر وهو الذي أجاز النكاح
لازما إذا تقرر ذلك فإن بقيت على ملكه إلى أن دخل بها الزوج استقر ملكه على مهر المثل وإن اتفق على فرضه هو والزوج
قبل الدخول صح لأنه يملك بالعقد ما يملكه المفوضة وليحق المفروض حكم المسمى في العقد قوله ولو زوجها مولاها مفوضة ثم باعها

لها مهر المثل

كان فرض المهر

كان فرض المهر بين الزوج والمولى الثاني إن أجاز النكاح ويكون المهر له دون الأول ولو أعتقها الأول قبل الدخول وقبل العقد
كان المهر لها خاصة كما لو أعتقها في المسألة السابقة فإنها دالة على جواز تفويض المولى بضع أمته ثم إن بقيت على ملكه فالحكم
واضح وإن خرجت عن ملكه فإما أن يخرج بالانتقال إلى ملك آخر كالمشتري ونحوه أو تملك نفسها كالمعتقة فإن كان الأول
فقد تقدم أن المنتقل إليه يتخير في إجازة العقد وفسخه فإن فسخ بطل العقد ... المهر وإن أجاز كان فرض المهر
إليه وإلى الزوج وإن أعتقت فتقديره إليهما ... فإن قدراه قبل الدخول استقر به وملكته بالتقدير وإن بقيت مفوضة
إلى أن دخل فلها مهر المثل أو للمشتري وهذا بخلاف ما لو أعتقت بعد تعيين المهر في العقد فإنه يكون للمولى كما تقرر
الفرق أن المهر مع التعيين يملك بالعقد والمالك للأمر هو السيد بخلاف المفوضة فإن ملك المهر متوقف على الفرض أو
الدخول كما تقرر فقبله لا مهر وقد حصل الانتقال عن ملكه قبل تحققه فيكون لها الحد ... على ملكها وأما المشتري فإنه مع
الإجازة على التقديرين وقد سبق ما يفيد الوجه في ذلك قوله وأما الثاني وهو تفويض المهر فهو أن يذكر على الجملة و
يفوض تقديره إلى أحد الزوجين فإذا كان الحاكم هو الزوج لم يتقدر في طرف القلة ولا الكثرة وجاز أن يحكم بما شاء ولو
كان الحاكم الزوجة لم يتقدر في طرف القلة وتقدر في طرف الكثرة إذ لا يمضي حكمها فيما زاد على مهر السنة وهو خمسمائة
هذا هو القسم الثاني من قسمي التفويض وهو أن يذكر المهر في العقد مجملا ويفوض تقديره إلى أحد الزوجين أو غيرهما
أو إليهما معا ولا إشكال في جوازه أيضا والحق بعضهم جعله لأجنبي غيرهما وإن لم يكن منصوصا لعموم الأمر ... في معنى التوكيل
... وللعموم ... المؤمنون عند شروطهم ووجه المنع أن المهر حق يتعلق بالزوجين فلا يتعدى إلى غيرهما بغير إذن
شرعي وهذا المجوز ... ذلك فعلى تقدير تفويضه إلى الزوج فتقديره إليه في جانب القلة والكثرة أما الكثرة فظاهر
لأن حكمه على نفسه ... جانب القلة فلا يتقيد لأنه يجوز جعله مهرا وعلى تقدير تفويضه إليها لا يتقيد في جانب القلة
كما تقرر لا يجوز فيها الاقتصار على القليل ويتقيد في جانب الكثرة بمهر السنة عند جميع الأصحاب ومستنده النصوص
كرواية زرارة عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأة على حكمها قال لا يجوز بحكمها مهر نساء آل محمد اثنتي عشرة أوقية ونش
وهو وزن خمسمائة درهم من الفضة قلت أرأيت إن تزوجها على حكمه ورضيت قال الحكم بما شاء من شيء فهو جائز لها قليلا
أو كثيرا قال قلت فكيف لم تجز حكمها عليه وأجزت حكمه عليها قال فقال لأنه حكمها فلم يكن لها أن تجاوز ما سن رسول الله صلى الله عليه وآله و
تزوج عليه نساءه فرددتها إلى السنة ولأنها حكمته وجعلت الأمر في المهر إليه ورضيت بحكمه في ذلك فعليها أن تقبل حكمه
قليلا كان أو كثيرا وفي الحقيقة الفرق الواضح في الرواية بنقل الصحيح والسؤال القائم في جواز نقصانه عن مهر السنة وعدم
جواز زيادتها مع أن أبا بصير روى أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل يفوض إليه صداق امرأته فينقص عن صداق
نسائها قال يلحق بمهر نسائها والشيخ جمع بين الروايتين بحمل هذه على ما إذا فوض إليه الصداق على أن يجعل مهر نسائها فنقص عنه
فإنه يلحق به والأولى على ما إذا فوض إليه الأمر مطلقا والظاهر أن الحكم المذكور موضع وفاق والأولى رواية لا يخرج من صحة على تقدير
تفويضه إلى الزوجين معا يتوقف على اتفاقهما معا عليه كاتفاقهما على فرضه في القسم الأول فإن اختلفا قال الشيخ في ط
وقف حتى يصطلحا أو يتفقا ولم يذكر والرجوع هنا إلى الحاكم ولو قيل به كان حسنا لوجود المقتضي فيهما مع اشتراكهما في عدم النص
على الخصوص ولم يذكر ولحوق حكم ما لو فوض للأجنبي على القول بصحته ولا نص يقتضيه وينبغي له والحاكم الاقتصار على مهر المثل
لأنه عوض البضع ولأن الحاكم إذا كان غير الزوج أشبه المرأة فناسب أن لا يزيد عليه ويزيد عدم النقص لقضية الرواية السابقة

٣٤٢

وهي ما فقد الحاكم دائر ابو افقنا العوض العادة على هذا القسم ما يجعلونه كالمهر الفاسد واوجبوا به مهر المثل قوله ولو طلقها
قبل الدخول وقبل الحكم الزم من اليه الحكم ان يحكم وكان لها النصف ولو كانت هي الحاكمة فلها النصف ما لم تزد في الحكم عن مهر السنة
اذا طلق مفوضة المهر لم يبطل الحكم سواء كان قبل الدخول ام بعده لكن ان كان الطلاق قبل الدخول الزم من اليه الحكم به ثم يثبت
لها نصفه وحيث كان حكمها لا يتجاوز مهر السنة في حال الزوجية فبعدها اولى وهل يدخل في المطلقة في القسم الاول
ووجه خروجها عنها مع شمول الاخبار لها من حيث العموم لصدق الطلاق قبل المسيس والفرض المقتضي للمتعة في صحيحة محمد بن
مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرأة على حكمها او على حكمه الى ان قال فان طلقها وقد تزوجها على حكمها لم تجاوز
على حكمها خمسمائة درهم [illegible] رسول الله [illegible] والرواية وان ضعفت [illegible] الحاكم [illegible] في حال الطلاق لا
[illegible]
السنة [illegible]
على [illegible]
ماتت [illegible] قوله ولو مات الحاكم قبل الحكم وقبل الدخول قيل يسقط المهر ولها المتعة وقيل ليس لها [illegible]
اذا مات الحاكم في مفوضة المهر قبل الحكم [illegible]
شرح الارشاد [illegible]

[illegible]

٣٤٣ [illegible]

[illegible]

٣٤٤ [illegible]

ذلك الخارج هو الفرض وانما يرجع الى المغرور الاجنبي بما [illegible] وهذا من باب [illegible] ان نقصت كان النقص مضمونا عليه وقد تقدم

وان تلفت رجعت عليه بقيمة النصف او مثله وقد تقدم ايضا ما يدل عليه الثالث ان يكون بعد تسليمها وهو موضع البحث هنا

فان وجد ما الخارج بنصف مثله ان كان مثليا ونصف قيمته ان كان قيميا ثم ان نقصت قيمته من حين العقد الى حين القبض

[illegible]

٣٤٥

[illegible]

٣٤٦

[illegible]

لو شترتبع هذه الرواية وكلام الشيخ والحكم في الذكر والانثى واحد **قوله** او الشرط في العقد ما يخالف المشروع مثل ان لا يتزوج عليها ولا
يتسرى بطل الشرط وصح العقد والمهر وكذا لو شرط تسليم المهر في اجل فان لم يسلمه كان العقد باطلا لزم العقد والمهر وبطل الشرط
لا اشكال في فساد الشرط المخالف للمشروع لذلك وانما الكلام في صحة العقد بدون الشرط من حيث انه لم يقصد الى العقد الا مقيدا
بالشرط المذكور وقد سبق غير مرة ان فساد الشرط يوجب فساد العقد عند المصنف والاكثر ولكن ظاهرهم هنا الاتفاق على صحة
العقد لانهم لم ينقلوا فيه خلافا فاد قال الشيخ في ط ولعل المهر عندنا وهو ظ في الاتفاق عليه وصحة المهر انما يكون مع صحة العقد
والفرق بين النكاح وغيره من العقود المقتضي فساد الشرط لفسادها ان الشرط في النكاح يكون من العوض الذي هو المهر
فيما يعود الى المرأة كالمذكور هنا في عدم التزويج والتسري وحق فساد الشرط على هذا الوجه ان يفسد المهر لا العقد لما مر من
عدم التلازم بينهما ثم المشهور بينهم ان المهر ايضا لا يفسد وربما احتج له بوجود المقتضي لصحته والمانع ليس الا الشرط وهو شيء اخر وفساد
احد الشيئين لا يقتضي فساد الاخر لما علم من التوسع في حال العقد النكاح والمهر ولعدم الطلاق الغرر لا بجهالة وغيرها والحكم
بصحة العقد والمهر مع هذين الشرطين رواية محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرأة وشرط لها ان هو تزوج عليها
امرأة او هجرها او اتخذ عليها سرية فهي طالق فقضى في ذلك ان شرط الله قبل شرطكم فان شاء وفى لها بالشرط وان شاء امسكها
واتخذ عليها ونكح عليها وهذا يقتضي بعدم التزويج والتسري وزيادة وهو شرط الطلاق على الفعل المساوي للشرط في الثاني فخبر شرط
ان لم يسلم المهر في الاجل كان العقد باطلا ويدل عليه ايضا الخبر رواية محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال قضى امير المؤمنين في
رجل تزوج المرأة الى اجل مسمى فان جاء بصداقها الى اجل مسمى فهي امرأته وان لم يأت بالصداق فليس له عليها سبيل شرطوا بينهم حيث
انكحوا فقضى ان بيده الاجل بضع امرأته وحبط شرطهم في الروايتين ضعف السند لكن في الثانية اخص من الدعوى لاشتمالها على تاخير العقد
الى اجل مسمى لا انه لا قائل بالفرق والمقتضي لصحة العقد معها واحد وفي المسألة وجه اخر بصحة العقد وفساد المهر لان الشرط كالعوض
المضاف الى الصداق حيث يكون المرأة اوجزء من العوض والصداق قسط في مقابلة الجميع وبفساد الشرط يفوت بعض العوض والجزء
فيصير مجهولا فلا نعلم قدر الصداق في الاول ولا نضبط الباقي في الثاني فيثبت مهر المثل وهو متجه الا ان يزيد المسمى عنه والشرط لها
او ينقص والشرط عليها فيجب المسمى لانه في الاول قد رضي ببذله مع التزام ترك حق فمع انتفاء اللزوم يكون الرضا به اولى ولانها في
الثاني قد رضيت به مع ترك حق لها فبدونه اولى ومع ذلك فينبغي ثبوت المسمى من مهر المثل والمسمى حيث يفتقر اليه لا انها وقعا
على تعيينه في العقد **قوله** ولو شرط ان لا يفتضها لزم الشرط ولو اذنت بعد ذلك جاز عملا باطلاق الرواية وقيل يختص لزوم هذا
الشرط بالنكاح المنقطع وهو تحكم في الخلاف المشهور جواز العقد والشرط مطلقا وهو مذهب الشيخ في النهاية ومستنده رواية اسحق بن عمار عن الصادق
قلت له رجل تزوج بجارية بكر على ان لا يفتضها ثم اذنت له بعد ذلك قال اذا اذنت له فلا باس ورواية سماعة بن مهران قال قلت له رجل جاء
الى المرأة فسألها ان تزوجه نفسها فقالت اذ زوجك نفسي على ان لا تلتمس مني ما تلتمس من نظر والتماس وتنال مني ما ينال الرجل من اهله
الا انك لا تدخل فرجك في فرجي فقال لا خاق الفضيحة قال ليس له منها الا ما اشترط وهذه الرواية تدل على جواز اشتراط عدم الوطي مطلقا
وان لم يكن بطريق الافتضاض وهما معا شاملتان باطلاقهما للعقد الدائم والمنقطع وبهذا التعميم عموم المؤمنون عند شروطهم والامر
بالوفاء بالعقد وجواز الوطء مع الاذن لانه حق له في الجملة وعدم جواز الوطي لكونه شرطها فلا المانع اخر فاذا اذنت فقد جاز والقول
الذي حكاه المص من اختصاص لزوم الشرط بالنكاح المنقطع وبطلان العقد لو كان دائما للشيخ في ط وتبعه عليه جماعة من المتقدمين
والمتاخرين منهم في المخ وولده في الشرح استنادا الى بطلان الشرط لمنافاته لمقتضى العقد في بطلان العقد لعدم الرضا

بعدم الشرط وهم المحصل وفي جوازهما في المتعة الى عدم منافاة الشرط لها لان المقصود الاصلي منها التمتع والملذة وكسر الشهوة
دون التوالد والتناسل المقصودين من الدائم وذلك لا يبتدع الى الوطي ومطلقه لما اليه من وهذا لا يخرج عن التحكم كما قال المص لان النص مطلق
والمقاصد في النكاح مختلفة وجاز ان يكون المطلوب من الدائم ما ادعوه في المنقطع وبالعكس ولا يعتبر في صحة العقد تتبع غاياته ولان غاية
مقاصد العاقل لا يكفي قصد بعضها مع تحقق في المنافع منها ويمكن حمل الروايتين شاهدتين للجواز وان لم يكونا مستندا
يكفي في اثباته ما تقدم من عموم الامر والرواية المستفيضة ولابن ادريس قول ثالث ببطلان الشرط فيهما وصحة العقد اما الشرط
فلما تقدم من منافاته واما العقد فلاصالة الاعلم ببطلانه بالشروط الفاسدة كما عرفت مما سبق فاولى ان لا يبطل هنا عند ابن ادريس
حيث لا يبطل مطلق العقد ببطلان الشرط وفي المسألة قول رابع لابن حمزة كقول ابن ادريس في الدائم مع الحكم بصحتهما في المنقطع وما
وقفت على قائل ببطلانهما فيهما مع كونه متوجها ايضا نظرا الى منافاة الشرط لمقتضى عقد النكاح مط فانه يقتضي حل الوطي ودون حصول
الملذة في المتعة بدونه لان المقصود الاصلي كما ادعوه من ان التوالد والتناسل هو المقصود الاصلي في الدائم ويتبعه العقد لما ذكر
ولو اشترطت ترك بعض مقدمات الوطي في الحالتين باشتراطه كره وجهان من مساواته له في المقتضي واختصاص الوطي بالنص وفي الاول
قوة لضعف المختص **قوله** او اشترط ان لا يخرجها من بلدها قيل يلزم وهو المروي في القول بلزوم الشرط للشيخ في ية وتبعه عليه جماعة
منهم ابن في المخ والارشاد والتهذيب في اللمعة والشرح لصحيحة ابي العباس عن الصادق في الرجل يتزوج المرأة ويشترط ان لا يخرجها من بلدها
قال يفي لها بذلك ودلالتها على الثاني ظاهرة وعلى الاول من حيث ان الخبر فيه بمعنى الامر والاصل فيه الوجوب المقتضي للزوم ولعموم
المؤمنون عند شروطهم ولان ذلك الشرط مقصود للعقلاء والاغراض يتعلق باللبث في المنازل والاستيطان في البلدان التي حصل
بها الانس والنشوء وملازمة الاهل ورعايتهم مصلحتها ولو الدين ربما تعلق شرط في النكاح يتوصل الى هذا الغرض المطلوب المشتمل على
الحكمة الواضحة ونسب المص الحكم الى القول والرواية تؤذن بتوقفه فيه ومنع ابن ادريس بطلان الشرط مع صحة العقد وتبعه
جماعة من المتاخرين والشيخ في ط اوقف منع من اشتراطه لا باس به وجعلوه من جملة القائلين بالمنع في المسألة وليس كذلك لانه
السفر او الخروج من البلد كما لا يخفى والخروج من البلد لا يقصد به غير السفر وجعل المانع الاستمتاع والوجه في جميع الازمنة
والامكنة حق للزوج حاصل بالشرع وكذا السلطنة عليها فاذا اشترط ما يخالفه وجب ان يكون باطلا وحملوا الرواية على الاستحباب ولا يخفى
ان ذلك في مقابلة النص غير مسموع ومنع من كون الاستمتاع في جميع الامكنة حق للزوج لان ذلك عين المتنازع وكذلك السلطنة
على اخراجها حيث شاء فانه لا يتم الا مع عدم الشرط ومع عين المتنازع في القليل ولان ذلك آت في كل شرط فانه يمنع مباح الاصل
ومع ذلك ليس منافيا للكتاب والسنة وحمل الرواية على الاستحباب تجوزا والتعليل جاز اذا لا معارض لها والعام مخصوص كما هو
في الحال واذا تقرر ذلك فعلى القول بصحة الشرط هنا هل يتعدى الى شرط ان لا يخرجها من منزلها ومحلتها وجهان من مشاركته للمنصوص
في الحكمة الباعثة على الحكم ولا الغاء الطرفين وعموم الادلة الاخرى ومن عدم النص وبطلان القياس وقطع الشهيد بالالحاق
بالبلد وفيه قوة **قوله** ولو شرط لها مهرا ان اخرجها الى بلاده وانقص منه ان لم يخرج معه فاخرجها الى بلد الشرك لم يجب اجابته
لها ان لم تزد لخروجها الى بلد الاسلام كان الشرط لازما وفيه تردد هذه المسألة متفرعة الى السابقة فان منعنا من اشتراط
عدم اخراجها من بلدها منعناها هنا بطريق اولى وان جوزنا الشرط ثم احتمل الجواز هنا ايضا وهو الذي اختاره المص في دفع د
الشيخ في ية وجماعة منهم في اكثر كتبه عملا بعموم الامر بالوفاء بالشرط ويدل على التفصيل المذكور بخصوصه حسنة علي بن رئاب
عن الكاظم عليه السلام قال سئل وانا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على ان تخرج معه الى بلاده فان لم تخرج معه فمهرها خمسون دينارا

ان ابت ان تخرج معه الى بلاده فقال ان اراد ان يخرج بها الى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك ولها مائة دينار التي اصدقها
اياها وان اراد ان يخرج بها الى بلاد الاسلام ودار الاسلام فله ما اشترط عليها والمسلمون عند شروطهم وليس له ان يخرج الى بلاده
حتى يؤدي اليها صداقها او ترضى من ذلك بما رضيت وهو جائز له والمراد منه تقول لها ان اراد ان يخرج بها الى بلاد الشرك او بلاده وكانت
بلاد الشرك لا يجب عليها اتباعه في ذلك وان كان دخلا في الشرط لما في الاقامة ببلاد الشرك من الضرر والمسلم المنفي شرعا
ويقول وان اراد ان يخرج بها الى بلاد الاسلام او بلاده كانت بلاد الاسلام وطلبها الى بلاده لا الى مطلق بلاد الاسلام فقوله ولد
فلها ما اشترط عليها لانه لم يشترط عليها الا الخروج الى بلاده لا الى مطلق البلاد وان كان لفظ الرواية اعم من ذلك وهذه الرواية مع حسن
سندها مخالفة للاصل في موضع منها عدم تعيين المهر حيث جعله مائة على تقدير وخمسين على تقدير وذلك يقتضي تجهيله في الجملة
حتى لو شرطه كذلك على خلاف الجهة المنصوصة فلا شبهة في فساد المهر ومنها الحكم بلزوم المائة على تقدير ارادة مضيها الخروج الى بلاد الكفر وان
لم تخرج ذلك منافى لمقتضى الشرط على تقدير صحته فانه اقتضى كون المهر خمسين مع عدم خروجها ومنها الحكم بعدم جواز اخراجها
الى بلاده مع كونها دار الاسلام الا بعد ان يعطيها مهرها الا ان يحمل على ما لو كان ذلك قبل الدخول او بعده وقد تقدم الحكم بانه مع
الدخول لا يجوز لها الامتناع ولا يجب عليها مطالبة المهر مطلقا دون ان تطلبه وقد حكم بعدم جواز خروجه بها دون ان يعطيها مطلقا و
هذا لا يصح مسائل المرة دالة المص في الحكم مع عدم تردده في السابقة والذي يوافق الاصل بطلان الشرط المذكور لما ذكرناه وبطلان
المهر لعدم تعينه وصحة العقد لعدم ارتباطه به كما سلف في نظائره ولعدم القائل ببطلانه وان كان محتملا وعلى هذا فيثبت لها مهر
المثل لكونه عوضا لا ابتداء لكن يشكل فيما لو وادعى المفروض على التقديرين لعدم رضاها على الاول او المقرر بخروجها من بلدها وكذا لو
بالنقص من العقد على التقديرين لانه لم يرض بالاقل منه مع الشرط ويحتمل في المقدر مع عدم لزوم الشرط عليها وامر القائلون بفساد
الشرط المصنف في الجنس عليه واهملوا الاجرة من المهر ولو عملنا بالرواية لجودة سندها كان حسنا وسلمنا من هذا الاشكال ويمكن
الاعتذار عن المخالفة الاولى بان التعيين متحقق على التقديرين ومثل هذا الاختلاف مغتفر في المهر لاحتماله من الغرر ما لا يحتمله غيره من
عقود المعاوضات ومن ثم اكتفى بمشاهدته عن معرفة مقداره بل جعله ظرف خل ثلاثا مع عدم مشاهدة الخل اصلا كما سبق حيث
ظاهر وشمل هذا الاختلاف قد تقدم اغتفاره في عوض الاجارة كما لو قال ان خطته كذا فلك كذا او كذا فلك كذا وان خبته في
اليوم فلك كذا مع انها اضيق دائرة منه لكونها معاوضة محضة ومن الثانية بان العقد وقع على ما ذكره العلماء والرواية وشرطه
نقص خمسين ان لم يخرج معه الى بلده حيث يطلبها ويجب عليها الخروج معه وذلك اذا كانت بلده في دار الاسلام واما اذا كانت في بلاد
الشرك فلا يجب عليها الخروج اليها فالمراد ما وقع عليه العقد عليه لانه لم يستوفه ولا عليها مطاوعته فهو يثبت لها المائة لم يرد اخراجها فانه يلزم من
المادة فيه صحيح شرط الخمسين مخصوص بحال قامتها بلدها مع طلبه خروجها الى بلده التي في دار الاسلام ويثبت المائة بانه مع طلبه
خروجها الى بلاده التي يجب عليها الخروج اليها يثبت بها المهر ويجب المائة حالا بعد ان كانت منزلة لا فيه بعلمه عليه السلام على انه لا يخرجها حتى يعطيها
صداقها وهو المائة لئلا يتوهم عدم لزومها من حيث تردده بدها ومع ذلك فلبس منافيا لما سلف لانه لم يقل ان لها الامتناع من الخروج
معه قبل قبض المهر ولو سلم وجب الجمع بين القاعدتين بوجه حمل هذه على ما اذا كان قبل الدخول لما نظر ونا اليه **قوله** لو طلقها بائنا ثم تزوجها
في عدته ثم طلقها قبل الدخول لكان لها نصف المهر وجه كون هذا الحكم مخالفا للطلاق البائن ولا يباينه جواز تزويجها في العدة من حيث ان
العدة حق الزوج لاجل حرمة مائه فلا مانع من تزويجه لها فيها وانما يمنع غير ما لحرمة مائه فاذا تزوجها بمهر جديد ثبت المهر في ذمته كغيره
كمقتضى النكاح فاذا طلقها قبل الدخول اتبعها المهر نصف المهر عملا بالعموم وتنبيه على خلاف بعض العامة حيث اوجب لها جميع المهر نظرا

للعقد منزلة الرجعة المقتضي لتقرير المهر بالدخول بها الوجوه قبل الطلاق ومن ثم لم يجز تزويج غيره بها **قوله** لو وهبته نصف مهرها مشاعا ثم طلقها قبل الدخول فله الباقي ولم يرجع عليها بشيء سواء كان المهر عينا او دينا هو ما بينه في الحاشية
الباقي انه استحق النصف بالطلاق وقد وجده فيأخذه فيتحصر هبتها في نصيبها ولان الله تعالى جعل له نصف ما فرض وقد تقضي
استحقاقه في العين ما لم يجد لها ما انها او يمنع مانع منها وهما منتفيان هنا فلا وجه للانتقال الى البدل وفي المسألة وجه ان له
الباقي وهو الربع مع ربع بدل الجملة لان الهبة وردت على مطلق النصف فيشيع فيه لما هذا النصف منزلة التالف فلم حق من الذي
فرض سوى نصفه فيأخذ نصفه كما هو مقتضى الشركة وبدل الفائت كالفائت الجميع وغير ملاحظ فان الانتقال الى البدل شرطه
تعذر العين وهو منتف ووجه ثالث بتخييره بين اخذ نصف الباقي وهو الربع مع ربع بدل الجملة الاضافة الثاني الى
تبعض حقه وهو ضرر عليه فيجبر بتخييره هذا اذا كان المهر عينا اما لو كان دينا فليس غير الا الوجه الذي ذكره المص لحقه تقول
شاعا كما لو وهبته نصفا معينا فانه له نصف الباقي ونصف بدل ما وهبته ووجهها ان حقه لا يختص بالطلاق شايع في جميع العين
فذهب منها جزء معين فينتقل الى بدل ما يستحقه منه بخلاف ما لو كان شايعا فان حقه في الاول شايعا وفي الثاني كذلك
فلا يرجع في بقاء نصف الحرج الجميع كما ذكره فيستفاد من قوله وهبته معقولا سواء كان المهر عينا او دينا حيث لا وقوع الابراء بلفظ
الهبة وهو كذلك وقد تقدم تحقيقه في باب الهبة **قوله** لو تزوجها بعبدين فمات احدهما رجع عليها بنصف الموجود ونصف قيمة التالف
الحكم هنا كما لو وهبته نصفا معينا الا ان الانتقال هنا ملكها او التلف حكم واحد في ذلك ووجه ما ذكره ظ لان حقه بالطلاق
نصف فرض شايعا فاذا وجد من العين باقيا فله نصفه وما ذهب ينتقل الى بدله لما نبه عليه انه مضمون عليها سواء ذهب بالتلف او
بنقله عن ملكها اليها او الى غيره ولم يذكر المص هنا الاحتمال لا خيره وجها لانه انما ورد في الموجود مع انه يأتي فيه وهو وجه في المسألة
التاليفة كالتالف لانه لا يصدق على الموجود المساوي للتالف فيه انه نصف ما فرض فلا ينتقل الى البدل مع امكان العين والامر
بالتخيير كالسابق والاصح الاول **قوله** لو شرط الخيار في النكاح بطل وفيه تردد منشأه الالتفات الى تحقق الزوجية لوجود
المقتضي وارتفاعه عن تطرق الخيار والالتفات الى عدم الرضا بالعقد لترتبه على الشرط ولو شرط في المهر صح العقد والمهر و
الشرط المشهور بين الاصحاب بطلان النكاح بشرط الخيار وقطع بذلك الشيخ في ط وجماعة من المتاخرين محتجين بان النكاح
ليس من عقود المعاوضات القابلة لخيار الشرط بل فيه شائبة العبادة فالشرط يخرجه عن وضعه وخالف في ذلك ابن ادريس
فحكم بصحة العقد وفساد الشرط ووجه ما ذكره من وجود المقتضي للصحة وهو العقد لاجتماع شرائط الصحة فيه لانه المفروض و
المانع ليس الا اشتراط الخيار فيه واذا كان العقد غير قابل للخيار لغى شرطه وعمل بمقتضى العقد لاصالة الصحة وعموم اوفوا بالعقود
كما لو اقترن بغيره من الشروط الفاسدة فان كل واحد من العقد والشرط امر منفك عن الاخر فلا يلزم من بطلان احدهما بطلان
الاخر وما الغاية ابن ادريس في ذلك دليل على البطلان من كتاب ولا سنة ولا اجماع بل الاجماع على العكس لانه لم يذهب الى البطلان
احد من اصحابنا وانما هو تخريج المخالفين وقد يظهر اختيار الشيخ على عادته في الكتاب ووجه البطلان ان التراضي لم يقع على العقد الا
مقترنا بالشرط المذكور فاذا لم يتم الشرط لا يصح العقد مجردا لعدم القصد اليه كذلك وصحة العقود منوطة على القصد فليس الا الحكم
ببطلانهما معا او صحتهما معا لكن لا سبيل الى الثاني لمنافاته لوضع النكاح فتعين الاول وهذا هو الاقوى ولو اشترطه في الصداق
فلا مانع من صحته لان الصداق ليس ركنا في النكاح بل هو عقد مستقل بنفسه ومن ثم صح اخلاؤه عنه فاذا ذكر فيه شرط اولى وح
فيصح الصداق والشرط معا ويشترط ضبط مدة الخيار كغيره ولا يتقيد بالثلاثة ويشكل بما اختار الشيخ في ط لعدم افادته الحصر ثم ان

استمر عليه حتى انقضت مدة تزلزم وان فسخ ذو الخيار رجع الى مهر المثل كالو عرى العقد عن المهر وانما يجب بالدخول كما مر وقد تقدم البحث في هذه المسئلة في اول الكتاب **قوله** الصداق يملك بالعقد على اشهر الروايتين اختلف الاصحاب في ان المراة هل تملك الصداق جميعه بالعقد وان لم يستقر الملك قبل الدخول او تملك نصفه خاصة والنصف الاخر يتوقف على الدخول بسبب اختلاف الروايات في ذلك
ظواهر الادلة فالمشهور بينهم الاول لعموم قوله تعالى واتوا النساء صدقاتهن نحلة اذ [illegible] من الدخول او بعده ولانها ان ملكت تمام الصداق بنفس العقد وجب ان تملك الصداق بيد والملازمة ظاهرة لان النماء تابع للاصل فملكيته يستلزم ملكية الاصل
ويدل على حقيقة المقدم موثقة عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلم في رجل ساق الى زوجته غنما ورقيقا فولدت عندها ثم طلقها قبل ان يدخل بها فقال ان كن حملن عنده فله نصفها ونصف اولادها وان كن حملن عندها فلا شيء له من الاولاد ولان الصداق عوض البضع فاذا ملك البضع وجب ان تملك المراة عوضه لان ذلك مقتضى المعاوضة كالبيع وما ابن الجنيد الذي يجعل العقد من المهر المسمى نصفه والذي يجب النصف الثاني من المهر بعد الدخول الذي وجب بالعقد منه وهو الوطء او ما قام مقامه وحجته رواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلم لا يوجب المهر الا الوقوع في الفرج ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلم قال سالته متى يجب المهر قال اذا دخل بها وهو يقتضي عدم الوجوب مع عدم الدخول والرواية من الجانبين من الموثق ومع الاول الترجيح بكونها اشهر بين الاصحاب وما يعضدها من الاية والاعتبار المذكور وما يمكن الجمع بين الاخبار بحمل الوجوب في الروايتين على المستقر لما قد عرفت الجمع مما لكونه اغلب الاستعمال ويظهر الفائدة في النماء المتخلل بين العقد والطلاق وفي جواز تصرفها في الجميع وعدمه وفيما لو حصلت الفرقة بغير الطلاق وحيث لا نص على التنصيف كالفسخ بالرضاع والردة وغيرها **قوله** ولها التصرف فيه قبل القبض على الاشبه هذا متفرع على القول بملكها له بالعقد فان قلنا به جاز لها التصرف فيه قبل القبض وبعده لانه مملوك لها فيدخل في عموم قوله ص الناس مسلطون على اموالهم ومقتضى الاستدلال جواز التصرف فيه مطلقا وينبه بالاشبه على خلاف الشيخ في قد حيث منع منه قبل القبض استنادا الى ما روى عن النبي ص انه نهى عن بيع ما لم يقبض وبان تصرفها بعد العقد جائز بالاجماع ولا دليل على جوازه قبله والرواية بالنهي مطلقا ممنوعة وانما ورد بالنهي عن بيع ما اشتراه قبل قبضه لا مطلقا سلمنا لكن لا يلزم النهي عن بعض المنهي عن مطلق التصرف الذي ادعاه لان نفي الاخص لا يستلزم نفي الاعم ويمكن حمل النهي على الكراهة جمعا بين الادلة ونفي الدلالة على جواز التصرف قبل القبض ممنوع وقد بيناها والدليل لا ينحصر في الاجماع ودعوى الدلالة على الجواز لا يبدل عليها مع جواز الاستثناء فيرجع الى الاصل **قوله** واذا طلق الزوج عاد اليه النصف وبقي للمراة النصف فلو عفت عما لها كان الجميع للزوج هذا ايضا متفرع على ملكها النصف فاذا طلق الزوج قبل الدخول عاد اليه النصف وبقي النصف الاخر للمراة الا ان يعفو فيرجع فيصير الجميع للزوج لقوله تعالى فنصف ما فرضتم الا ان يعفون اي ولا يكون لكم النصف بل الجميع ومقتضى اطلاق المص صيرورة الجميع له بالعفو في عدم الفرق بين كون المهر عينا او دينا وصحة اسقاط المهر بلفظ العفو لا نفى الاية المتناول للامرين وبهذا صرح الشيخ في ط وا لاكثر وجعلوا العفو بمعنى العطاء فيتناول الاعيان وهو قوي لوروده بمعنى العطاء لغة كما سنبينه عليه وقيل ان ذلك مختص بالدين لانه العين فلا ينتقل الا بلفظ الهبة او التمليك ونحو لا بالعفو لانه لا يجال فيه للاعيان كالابراء ولان ظاهر اسقاط الحق فلا يتمشى الا في الدين كالابراء ولما بوا عن الاية بان الا من العفو معناه لا لفظ ويجوز ارادة حصول الملك للمعفو عنه بعبارة تفيده ولكنا لم نجد بقيتي في الموضعين وهو يسمى بالخاء وسمي تمليك ما عفا فيه عفوا تنبيها على حصول فضيلة العفو والمدح وان توقف انتقاله على صيغة شرعية كما لو قال ملكته

هذا فانه يريد نقل ملك المبيع بلفظ شرعي يعيده باي لفظ ادى معناه وان لم يكن بلفظ التمليك وهذا اولى لان المقرر ذلك بالمهر لا يخلو اما ان يكون عينا او دينا فان كان دينا صح عفوها عنه بلفظ العفو والابراء والهبة والاسقاط لافادة كل واحد منها لان الالفاظ المعنى المراد وهو اسقاط حقها عما في ذمته وان كان عينا وان كان في يد نادى بلفظ التمليك والهبة والعفو على قول ولا يصح بلفظ الابراء والاسقاط والترك قطعا لان الالفاظ الثلثة ظاهرة في اسقاط ما في الذمة وكذا ان كان في يدها لانها بمنزلة هبة فان في اشتراط القبض في الثاني دون الاول ولابد من القبول على التقديرين اذا كان عينا في حكم المال على الزوج **قوله** وكذا لو عفى الذي بيده عقدة النكاح وهو الولي كالاب والجد للاب وقيل الوصي تولي المراة عقدها اتفق العلماء على ان الذي بيده عقدة النكاح له ان يعفو عن المهر في الجملة لقوله تعالى الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح واختلفوا فيمن هو فذهب بعض اصحابنا وجماعة من العامة الى انه ولي المراة كالاب والجد وذهب اخرون الى انه الزوج ولكل طرف من الفريقين اعتبار من جهة الاية واستنادا الى الرواية واعتبار الاولين من الاية انه تعالى خاطب الازواج فقال وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ثم قال تعالى الا ان يعفون وهو خطاب لغير الحاضرين والمراد بهن النساء بغير خلاف فكانه قال للزوج النصف مما فرضتم اذا طلقتموهن قبل الدخول الا ان يعفون عن النصف الباقي فيكون الكل للزوج ثم قال او يعفوا الذي بيده عقدة النكاح فاتى به بلفظ الغيبة فناسب كون المعفو عليه هو الغالب ولو اريد به الازواج لعدل من المخاطبة الى الغائبة بل قال الا ان تعفون او تعفوا انتم ولان العفو حقيقة في الاسقاط لا التزام ما سقط بالطلاق اذ لا يسمى في العرف ولان اقامة الظاهر مقام المضمر مع الاستغناء خلاف الاصل ولو اريد الازواج لقيل او يعفوا ما استحق لكم ولان المفهوم من قوله بيده كذا انه يتصرف والزوج لا يتصرف في عقدة النكاح انما كان يتصرف بالوطي وانما يتصرف في العقد الولي ولان المستند اليهن العفو فلا يستدل تجعل كونه عقيب الرشيدات لعموم القسمة ولان قوله تعالى الا ان يعفون استثناء من الاثبات فيكون نفيا وحمله على الولي يقتضي ذلك فيكون لموافقة القاعدة للاستثناء ولو حمل على الزوج لكان اثباتا فيستثنى من الاثبات اثبات وهو خلاف القاعدة ولان قضية العطف التشريك ولما قلنا بشتراك المعطوف والمعطوف عليه في النفي ولو اريد الزوج لكان اثباتا فلا يقع الاشتراك في كل واحد من هذه الوجوه نظر اما الاول فلان العدول من المخاطبة الى الغائبة والجمع عنده واحدا في فصيح اللغة وهو فن من فنون البلاغة يسمى الالتفات ومنه قوله تعالى حتى اذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة واما الثاني فالعفو كما يطلق على الاسقاط يطلق على الاعطاء كما اشار اليه سابقا ومن الاول قوله تعالى والعافين عن الناس اي التاركين ما لهم عندهم من مظلمة ومن الثاني قوله يسئلونك ماذا ينفقون قل العفو اي الفضل من الاموال الذي يسهل اعطاؤه وقوله تعالى خذ العفو اي خذ ما اعطاك الناس من ميسور اخلاقهم ولا تستقص عليهم وغيره ذلك فيصح للامرين تاما اذ المهر قد يكون دينا وقد يكون عينا والاسقاط من المراة ووليها انما يتحقق في الاول دون الثاني فلابد من الحاجة الى المعنيين على ذلك التقديرين واما الثالث فان اقامة الظاهر مقام المضمر واقع في القران حيث يشتمل على نكتة لا يتم بدونه وهي هنا كذلك فان في العدول الى التعبير بالموصول تنبيها على وجه بناء الحكم وسببه فان من بيده عقدة النكاح يصلح ان يكون سببا العفو وهذا التعبير بغير الحالة لا بالتصريح باسمهم كما قرر في علم المعاني واما الرابع فان المفهوم من بيده العقد من يتمكن من حله بالطلاق لان التصرف فيها يتحقق بالامرين وهذا معنى متبادر من ذلك اللفظ الاراد اذا قيل فلان بيده عقد كذا وتحقق هذا المعنى

الى العقبة

الزوج اوضح لانه يسبب اثبات النكاح بالقبول ابعد وهو بالطلاق فيبيح حله وعقد في الاولى المراة فانه لا يقدر على مجموع ذلك كما لا يخفى فقوله ان الزوج لا يتصرف في عقدة النكاح وانما يتصرف في الوطي في غير الفساد واما الخامس فالاصل في العفو الا يليق بغير الرشيد لان الولي انما يتصرف في مال المولى عليه بالتحصيل لا بالاسقاط والتضييع ولولا النص الوارد هنا من جهة الاخبار بجواز عفو ولي المراة لما امكن الحكم به من جهة الاية لان تصرف الولي بهذه الطريق على خلاف الاصل باستيفاء النسبة لا مفروضة اليه ولا يقتضيه هنا المقام واما السادس فان كون قوله تعالى الا ان يعفون استثناء من الاثبات وينبغي ان يكون نفيا مبني على ان قوله فنصف ما فرضتم اي ثابت لهن وهو يصير التقدير ثبت النصف الا ان يعفون فلا يكون لهن شيء وهذا التقدير غير متعين بل ولا يقتضيه المقام وان ذهب اليه جمع لان الزوجة تستحق نصف المهر بالعقد اجماعا وجميعه على قول والمحتاج الى البيان استحقاقه بالطلاق هو النصف للزوج لا الزوجة لان الملك عائد اليه بعدما خرج عنه فكان التقدير ولكم نصف ما فرضتم او لهن نصف ما فرضتم وعلى هذا فلا يتم ما ذكروه من ان الاستثناء يقتضي النفي من الاثبات نعم يمكن تقريره وجرا نحوه على التقديرين بان يقال على ما ذكرناه من التقدير ولكم النصف الا ان يعفون فيكون لكم الجميع ويكون رده الى النفي ايضا لان النصف غير المجموع ضرورة ان الكل مغاير للجزء فيصير التقدير لكم النصف بل الجميع وقوله او يعفو الذي بيده عقدة النكاح على تقدير كون الزوج يصير معه التقدير فلكم النصف الا ان يعفون فلا يكون لكم ذلك النصف هذا نفي بعد اثبات كما ذكروه فيه عام ومعنى تقدير كونه ولي الزوجة يكون معه نفيا ايضا على التقدير الذي ادعوه من ان المراد لهن النصف وهو ذا وعلى تقدير كونه الزوج بان يراد لهن النصف الا ان يعفوا الزوج فلا يكون لهن النصف بل الجميع كما ذكرناه او الا ثبوت الجميع يوجب نفي النصف من حيث مغايرة الكل للجزء فلا اخلال بالمراد على جميع التقادير واما السابع فهو بما ظهر من جواب السادس فان المعطوف والمعطوف عليه يشتركان في النفي على التقديرين وان كان بصورة الاثبات على بعض الوجوه خصوصا على ما قررناه من تقدير نصف المفروض للازواج اولى منه للزوجات فلا يخرج من تكلف النفي في الاستثناء لتقابل المستثنى منه سلم الكلام اليه واحتج من جعل الساقط الذي بيده عقدة النكاح الزوج من الاية بان عقدة النكاح بيد الزوج حقيقة لا بيد ولي الزوجة لما تقرر من ان بيد العقدة يقدر على حلها او عقدها وهذا لا يكون لغير الزوج وما قدمنا ذكره فعفوها الموجب لخلوص الجميع له ثم عقبه بعفوه الموجب لخلوص الجميع لها ليحصل المطابقة بين العفوين وتحقق من الجانبين فلو كان الولي لكان قد اهمل ذكر عفو الزوج واساس ولانه تعالى قال بعده وان تعفوا اقرب للتقوى وهو يدل على دخول الزوج في العفو من وجهين احدهما وهو بصيغة الخطاب المطابق لخطاب الازواج سابقا كما هو في ايلام السابق والايجاب دون بصيغة الغائب والثاني جعله العفو اقرب للتقوى وعفو الولي لا يوصف بذلك لانه اسقاط المال بغير موجب تلزمه ان يقع جائزا كما يوجب التقوى لعدم عفو الزوجين والمناسب كون ذلك الخطاب للزوجين مع تغليبه وعفو بعضكم عن بعض اقرب للتقوى وهذا اوجه والالتفات من صيغة الغيبة الى الخطاب على تقدير ارادة كون الازواج لا زوجات حسن ايضا على حد ما ذكرناه بعد قوله الذي بيده الرد بان العفو جانب المستحق اولى بالمبادرة والسبق ذكرنا اليه لانه مفوض لمصلحة المولى عليه وحفظ ماله لا لاسقاطه وان الحق ان الاية محتملة للقولين واثبات الحكم بمجرد الاحتمال غير مناسب والنص ساقط عن الدلالة من الجانبين خصوصا عفو الولي فانه مخالف للاصل والقياس فلا يصح اثباته بمجرد اللفظ المحتمل ان لم يكن مرجحا للجانب والاولى الرجوع في تعيينه الى دليل من خارج وقد اختلف الروايات ايضا فيه بما يوافق القولين واصحهما عندنا ما دل على الاول فمنها رواية عبد الله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلم قال الذي بيده

عقدة النكاح هو ولي امرها ورواية رفاعة في الصحيح قال سالت الصادق عليه السلم عن الذي بيده عقدة النكاح فقال الولي الذي يأخذ بعضها او يترك بعضها وليس له ان يدع كله وهذا ابدا على ما اختاره المص من القولين وهذا مذهب اكثر اصحابنا ومنهم الشيخ الا انه في التبيان ادعى الاجماع والقول الثاني بتعديته الى من تولته عقدها قول الشيخ في تبيه وتلميذه القاضي ويدل عليه صحيحة محمد بن مسلم وابي بصير قال سالت ابا جعفر عليه السلم عن الذي بيده عقدة النكاح قال هو الاب والاخ والرجل يوصى اليه والذي يجوز امره في مال المراة من قرابتها فيبيع لها ويشتري قال فاي هؤلاء عفى فعفوه جائز في المهر اذا عفى عنه وسند رواية ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلم الا انه لم يعتد من يجوز امره في مالها بالقرابة لكن هاتان الروايتان لا يقتضي منهما على الولي والوكيل بل يتعدى الى الوصي ويدل جواز ذلك ولي على امرها وعفوه وقد تقدم الكلام في ولاية ما نهاه وخالها الاخ في الولاية محمول على كونه وكيلا كما حمله الشيخ او وصيا ويكون تخصيصه على التقديرين تخصيص مع تعميم لان النص لا ولاية له عندنا فلابد من حمله على احد الامرين وهذا القول نقلا عنه ورواية الاثر الا ان فيه العفو خالف للاصل على الاب والجد او لعقوما على موضع الوفاق ولان الوكيل ليس بيده عقدة النكاح حقيقة ولا اصالة ومع ذلك فيده يد الموكل فيده بالذات مرفوعة واعلم ان الشيخ في تعيين الوكيل بقوله او وكلته في امرها تبعا للرواية والمص عدل عنه الى قوله تولته المراة عقدها وهو جود لان الوكيل في امرها من البيع والشراء لا يسوغ له العفو عن المهر لعدم دخوله في متعلق الوكالة والرواية وان كانت ظاهرها ذلك الا انه لا عموم له على الوكيل على العموم بحيث يدخل فيه وكالة العقد واعلم ايضا ان العلامة في التحرير اختار اختصاصا بالولي ومنع الوكيل كما ذكره المص محتجا بان رواية ابي بصير المتضمنة لادخال الوكيل مرسلة وهو يدل على حصر الدلالة في الرواية الثانية وقد عرفت ان الاخرى من رواية ورواية محمد بن مسلم ثم انا عليه وهي صحيحة السند ذكرها الشيخ في ذاك النكاح من يب وذكر الباقي في باب الاولياء ولم يتفطن اليها من احتج بها **قوله** ويجوز للاب والجد للاب ان يعفوا عن البعض وليس لها العفو عن الكل في الرجحان لاختصاص البعض مع الطلاق فهو قوع عفوه في الاية وجواز عفو المعطوف عليه هو المراة مطلقا تقدم في صحيحة رفاعة الدالة على عدم جواز عفوه عن الجميع فكانت مخصصة لما اطلق في الاية وكان تقييد ابقاء بعضه يتحقق بين القليل والكثير لتحقق الامتثال بالجميع واطلاق الاية والرواية يقتضي عدم الفرق في جواز عفوه بين كونه مصلحة للمولى عليه وعدمه ويشترط كونه بعد الطلاق الواقع بعد الدخول وقوفا فيما خالف الاصل على موضع الدلالة **قوله** ولا يجوز لولي الزوج ان يعفو عن حقه ان حصل الطلاق لانه منصوب لمصلحته ولا غبطة له في العفو لما كان العفو من عبارة لتمليك المال بغير عوض والمالك على خلاف الاصل ووجب الاقتصار فيه على مورد الاذن وهو ولي المراة فلا يجوز لولي الزوج العفو عن حقه ولا عن شيء منه لانه لا غبطة له في ذلك وتصرفه محصور على المصلحة وانما خرج عنها ولي المراة بالنص ومن ثم منع بعضهم من عفوه لذلك ويتصور الولاية على الزوج مع وقوع طلاقه حتى يولى عليه فيما اذا بلغ فاسد العقل فان للولي ان يطلق عنه مع المصلحة كما سيأتي في باب الخلع الجنون ولو قدرنا من بيده عقدة النكاح بما يشمل الوكيل دخل وكيل الزوج والحكم هنا ايضا كما يدخل وليه **قوله** واذا عفت عن نصفها او عفى الزوج عن نصفه لم يخرج عن ملك العفو لانه هبة لا ينتقل الا بالقبض نعم لو كان دينا على الزوج او تلف في يد الزوجة كفى العفو عن الضمان لانه يكون ابراء ولا يفتقر الى القبول على الاصح اما الذي عليه المال فلا يشتغل عنه بعفوه مالم يسلمه فيه يدل التعليل ان العفو الموجب لكل من الزوجين من حق الاخر ليس المراد منه كونه تاما بمجرده في نقل الملك والبراءة منه بل المراد كونه سببا في ذلك اعم من كونه تاما او ناقصا او متوقفا على شرط اخر وان كان قد اطلق في الاية كون العفو موجبا لسقوط الحق او نقله لان اطلاقه كذلك كما يحتاج الى مرجح وهو لا ينافي هنا الملك الثلاثة الا

احدهما الجوز

٦

ان تبيعه او تملكه او نحو ذلك فانه لا ابراء على ان البيع والتمليك باي وجه وقع ايضا يوجب انتقال ملكه بل مع ... ما يعتبر في نقل الملك بهما او
تفرد ذلك فنقول المهر اما ان يكون عينا او دينا وعلى الاول اما ان يكون في يدها او في يده والثاني اما ان يكون في ذمتها بان يكون قد
قبضته وتلف في يدها او في ذمته وعلى التقادير الاربعة اما ان يكون العافي الزوج او الزوجة او من يقوم مقامهما وفي معناها تحقيق
حكم الملك والانتقال والسقوط عن الذمة بتمامه فصورة الاولى ان يكون دينا في ذمة الزوج والعافي المرأة فيحصل براءة
ذمته بمجرد عفوها الذي هو بمنزلة الابراء ولا يشترط فيه سوى اللفظ الدال عليه وان لم يقبل من عليه الحق على الاقوى وقد
تقدم تحقيقه في باب الهبة ويصح ذلك بلفظ العفو والابراء والاسقاط والترك والهبة والتمليك لاشتراك الجميع في الدلالة
عليه الثانية الصورة بحالها ويكون عينا في يده فلا يكفي مجرد العفو لان ذلك بمنزلة الهبة لعين بل لا بد من لفظ يدل عليها
كلفظ الهبة والتمليك والعفو على قول قوي لا الابراء والاسقاط وما شاكلهما ويشترط فيها قبول المتهب ولا يشترط
قبض جديد لانه مقبوض بيده بالفعل ويلحقه في احكام الهبة من اللزوم والجواز على ما سبق تفصيله الثالثة الصورة
بحالها لكن كان عينا في يدها لكن كان هو العافي فهي حقيقة فيشترط فيه ما اشترط في السابقة من الايجاب والقبول ويزيد اشتراط
اقباضها اياه لانها خارج عن يدها الرابعة الصورة بحالها بان كان هو العافي ولكن كان دينا في ذمته فيتعين بالابراء ...
تعلقا لاختصاصه بالدين في ذمة المعفو عنه لا العافي وينتقل عنه بلفظ الهبة لكن بشرط التسليم وكذا بلفظ العفو على ما يظهر من
المص وغيره وهو احد الوجهين لتناول الاخبار له وظاهر العبارة كغيره انه ليحصل العفو والتسليم كون في نقل الملك ويشكل بان
غاية النقل الحاصل بلفظ الهبة فلا بد من القبول وفيما اشترط الموهوب ان يكون عينا او دينا في ذمة المتهب ليتحقق الابراء
وكلاهما منتف هنا والاظهر اشتراط تمييزه وتعيينه او لا ثم ايقاع صيغة الهبة والقبول بعدها والقبض منها اذا وقع بصيغة الهبة او
التمليك وان وقع بلفظ العفو احتمل الاجتزاء به وان كان دينا لم يفتقر الى تعيينه وتسليمه بعد ذلك عملا باطلاق الاية وعدم
اشتراط القبول ايضا تنزيلا للعفو منزلة الهبة وان ... الخامسة ان يكون دينا في ذمتها ويكون تكون في
العافية عنه والحكم فيه كالسابقة والاقوى افتقاره الى القبض بعد التعيين فيهما لان ذلك مقتضى الهبة والاوجه هنا ... هاد
هذا هو الذي اختاره الشيخ ... وان كان مقتضى قول المص ... الذي عليه المال ... ينتقل عنه بعفوه ما لم ... الاحرار ...
مع العفو وما في معناه ... العفو ... مقام الهبة وهي لا يصح على الدين ... فالمرأة ... وقد تقدم ان المرأة بالعفو
في هذا المقام ما يشمل نقل العين واسقاط الحق لا نفس لفظ ... والصورة بحالها وهو كونه دينا في ذمته لكن العافي هو الزوج
وهو بمنزلة الابراء ... ويصح بجميع الالفاظ الستة ولا يفتقر الى القبول على الاقوى ... ان يكون عينا
في يدها وهي العافية ايضا ... في الهبة من العقد والاقباض الثامنة الصورة بحالها والعافي الزوج ويشترط
فيه عقد الهبة ولا يشترط تجديد الاقباض لحصوله بيدها واشتراط الشيخ مضي مدة يكون فيها قبض ... والاقوى عدم
اشتراطه وقد تقدم البحث فيه في بابه والقول بالاجتزاء في هاتين الصورتين بالعفو وقيامه مقام التمليك ما تقدم من الوجهين
وفي الاجتزاء به ... وقيل ... اذ لا ... ويعتبر الاسقاط ... في كل منها وترتيب المقام ... فيما تعين حمله على ما يناسبه من المعنيين ... الاية. **قوله** لو كان المهر مؤجلا لم يكن لها الامتناع ... هل لها ان تمتنع قبل ... ولا استقرار وجوب التسليم قبل الحلول ... هذه المسئلة ... من مسئلة جواز
امتناع المرأة من تسليم نفسها قبل قبض المهر وقد تقدم البحث فيها فكان ذكرها ... عدم جواز امتناعها ...

الاول

الحول الذي كان مؤجلا لعدم استحقاقها المطالبة ... مع استحقاق البضع حالا لا كلو استقت وصلت ... ولم يدخل الحال
الامتناع ... الاظهر العدم لما اشار اليه المص من استقرار وجوب التسليم قبل الحلول والقول بجواز امتناعها للشيخ في ...
المالو جواز امتناعها حتى تقبض المهر الشامل للحال ... المخصوص المسئلة ولا نعلم به قائلا ولا ذكره احد ممن يعرض لنقل الاقوال
وقد سبق البحث في ذلك **قوله** لو اصدقها قطعة من فضة فصاغتها آنية ثم طلقها قبل الدخول كان بالخيار في تسليم
العين او نصف القيمة لانه لا يجب عليه اخذ ... لو كان الصداق ثوبا فخاطته قميصا لم يجب على الزوج اخذه وكان له
الزامها بنصف القيمة لان الفضة لا تخرج بالصياغة عما كانت قابلة له وليس كذلك الثوب. هذه المسئلة من فروع زيادة العين
في يدها فان الصفة زيادة صفة وهي في معنى الزيادة المتصلة وقد تقدم ان المرأة لا تجبر على دفعها كذلك لمكان الزيادة
بل تتخير بين دفعها مشتركة بالزيادة وبين دفع القيمة هذا اذا امكن اعادة العين الى اصلها كالفضة اما لو لم يكن اصلاحها
لعل الواحدة لم يكن ... القيمة كالثوب يفصل قميصا ... زيادة من وجه ونقص من آخر فلا يجبر كل منهما على اخذ العين وقد
اشار المص الى الفرق بين الامرين بان الفضة لا تخرج بالصياغة عما كانت قابلة له فهي زيادة محضة وليس كذلك الثوب اذا
فصلته وخاطته قميصا وفيما ذكر من الفرق انما فصلته الثوب ايضا وان كان قد اقتصر على ذكر الخياطة مجردة او زيادة ايضا لا
يوجب النقصان غالبا ... الجيد التفصيل واعلم ان المص ... مثل بصياغة الفضة آنية تبعا للشيخ ... وليس بجيد على مذهبنا
لانها لا يجوز اتخاذ الانية للاستعمال ... عليها الا ... فلا اخذ العين لان الصياغة على الوجه المحرم لا ...
لها شرعا وقد ذكر المص وغيره ان الغاصب لا يضمن قيمة الصياغة المحرمة اذا كسرها فالوجه هنا ... على قول ... من جوز
اتخاذ الآنية لغير الاستعمال كالادخار ... ولو مثل المص بحلي ... كان حسنا **قوله** لو اصدقها تعليم سورة كان حده ان
بالتلاوة ولا يكفي تتبعها النطق ... بتلاوة الاية ... لم يجب عليه اعادة التعليم كالو ...
... تعذر عليه تسليمه ... تعليم القرآن ... ذكر هنا مسئلتين ... ما ...
... التعليم ... البعير ... التلقين ... العبر ...
... القرآن ... الكلمة والكلمتين ... لا يعد تعليما
... وجماعة ... الاية ... لم يجب عليه اعادة التعليم
واعتبر بعضهم ثلث آيات مراعاة لما يحصل به الاعجاز واقله سورة قصيرة تشتمل على ثلث آيات كالكوثر والتوحيد والرجوع الى
العرف لعدم تقديره شرعا ... لا يستلزم ... ولا الآيات تختلف بالطول والقصر
... ثلث آيات قصيرة ... والتي ... ساجد
ثم ان كان شرطها التعلم ... الحفظ ...
القليل ... المراد ... المصحف ...
العرف ... هذا اذا كان المعقود عليه آيات متعددة فلو كانت آية او آيتين ...
... الاستقلال ... السورة المعينة من غيره فعليه اجرة ... التعليم لانه عوض ...
... التعليم ... تعليمها بنفسه ... اولى ... عظيم ...
على الفساد ... تعليمها ... النقل ... الانسب ...

٣٥١

حيث حكم به ... لان تعليمه بنفسه لا يكن ... بتعليم غيره لان ذلك غير التعليم المجهول ... **قوله** يجوز ان يجمع
بين نكاح وبيع في عقد واحد ويقسط العوض على الثمن ومهر المثل ... بعض العامة حيث منع من الجمع بين العقود
المختلفة بعوض واحد نظرا الى جهالة ما يخص كل واحد من العوض ونحو ذلك بالنظر الى العلم بمقدار المجموع ولا يعتبر معرفة ما يخص ... كل
لو باع امتعة متعددة بثمن واحد مع الجهالة بما يقتضيه التقسيط لو وزع عليها وان احتيج اليه لتعدد المالك او بتقدير ... بطلان
البيع في بعضها وكما يجوز الجمع بين البيع والنكاح يجوز اضافة غيرهما كالاجارة وغيرها ويوزع العوض المسمى على مهر مثل المرأة
وثمن مثل المبيع واجرة مثل العين المستأجرة ونحو ذلك فلو كان العوض مائة مثلا وكان مهر مثلها مائة وثمن مثل الجارية خمسون قسمت المائة بينهما
اثلاثا وهكذا **قوله** ولو كان معها دينار ... نفسي ... هذا الدينار بدينار بطل البيع لانه ربا وصح المهر
وفي النكاح ... الجميع ... دينار ... بدينار فقد جمع بين نكاح وصرف بعوض واحد فمن
ابطل الجمع بين العقدين في السابق ابطلهما ... اتفقوا ... الشيخ ... يبطل عقد الصداق ...
ويصح النكاح ... ويثبت مهر المثل بالدخول ... ووجه فسادهما باشتمال العقد على الربا ... دينار
بدينار وضم اليهما النكاح فيبطل المعاوضة ولا يبطل النكاح لانه لا يتوقف على ذكر العوض في العقد ... غير
لان الدينار في مقابلة الدينار والبضع فيكون لكل منهما ما يقتضيه التقسيط كما هو شأن العقود المجتمعة في عقد ... اللازم
من ذلك بطلان الصرف خاصة وصحة النكاح بما يقتضيه تقسيط الدينار على مهر مثلها وعلى الدينار فلو فرض مهر مثلها دينارا كان
ما يخص المهر منه نصف دينار لانفاقهما ... مقابلة دينارين ... يبطل البيع في نصف الدينار ... الذي ...
مهر مثلها عشرة دنانير قسم الدينار على احد عشر جزءا وكان المهر عشرة اجزاء من احد عشر جزءا من الدينار ... ويبطل البيع
في جزء من احد عشر جزءا من دينار ... في كل المختلفين جنسا في عقد واحد بعوض واحد ولا يلزم من بطلان الربا بطلان
الامرين لوجود المقتضي للصحة وانتفاء المانع ... بان كان المنضم اليهما درهما بالدينار مع العقد والنكاح لانتفاء
الربا لكن يعتبر التقابض في المجلس ... الصرف ... بطل فيما يقابل الدرهم من الدينار ... المهر
من التقسيط لان التقابض في المهر في المجلس غير معتبر وذكرها ابن ... في هذا الباب وان لم يكن من مسائله ... ما
لان العامة عدده من مسائل المهر **قوله** ولو اصدقها عبدا فاعتقته ثم طلقها قبل الدخول كان عليها نصف قيمته ولو دبرته قيل
كانت بالخيار في الرجوع والاقامة على تدبيره فان رجعت اخذ نصفه وان ابت اجبرت وكان عليها قيمة النصف. لا اشكال
في رجوعه الى قيمة النصف على تقدير عتقها له قبل الطلاق لانتقاله عن ملكها انتقالا لا ... بل ... اهلية التملك
... قيمة نصفه ... الكلام فيما لو دبرته فان التدبير ليس من الاسباب الناقلة عن الملك
قبل موت المدبر ... من ... وانما هو بمنزلة الوصية بالعتق ... على ملكها ... وقد وجد الزوج
... الملك لعموم قوله تعالى فنصف ما فرضتم ولان التدبير يبطل ... احتياط ... قبل ...
الرجوع في العين ... الرجوع ... قيمة النصف ...
ان التدبير طاعة مقصودة وقد تعلق بالعبد فكانت كالزيادة المتصلة فلا يجبر الى دفع العين بها ولتعلق حق الحرية بالعين
ولا عوض ... للزوج ... بين الحقين ... **قوله** ولو دفعت نصف القيمة ثم رجعت
في التدبير قيل كان له العود في العين لان القيمة ... الحيلولة ... استقرار الملك بدفع القيمة ...

سر

مبني على القول بسقوطه من العين ولو لم يرجع في التدبير فاذا دفعت اليه القيمة ثم رجعت هل له الرجوع في العين لاداء القيمة بعدم
قيل نعم لان حقه في العين بالاصالة لانها المفروض وانما انتقل عنها الى القيمة لمانع التدبير فاذا زال المانع عاد الى حقه كما لو
دفع الغاصب الى القيمة عن العين المغصوبة لتعذرها ثم قدر عليها فان الدفع لم يقع على وجه المعاوضة بل لمكان الحيلولة
بينه وبين حقه فاذا امكن الوصول الى حقه تعين والاقوى عدم الرجوع لان حقه بالطلاق يتعلق بالعين مع وجودها وعدم
المانع من دفعها وبينهما مع المانع والمفروض وجوده فيكون حقه في العين وسقط من العين فيتعين كالو دفعها قد
باعته ثم عادت الى ملكها بعد ذلك ... الاشكال لو كان الرجوع بعد الطلاق وقبل دفع القيمة من حيث انه لم يقبض حقه حتى
وجد عين ماله ... ان حقه ... القيمة حين الطلاق لوجود المانع فليس له نقله الى غيرها ... في تخيره
... الرجوع ... نصف القيمة وهذا كله بناء على ان التدبير يمنع من الرجوع في العين والاقوى عدمه فيسقط التفريع
قوله اذا وجها الولي بدون مهر المثل قيل يبطل المهر ولها مهر المثل وقيل يصح المسمى وهو اشبه. قد تقدم البحث في هذه المسئلة
في باب الاولياء وان المختار صحة العقد ولزوم المسمى مع المصلحة وثبوت الخيار لها فيه مع عدمها فان فسخت فلها مهر المثل مع
... والمص هنا اختار لزوم المسمى ... السابقة ... لها الاعتراض ... ثبوت الخيار ولو كان المولى عليه ذكرا و
زوجه الولي باكثر من مهر المثل فالاقوى ... على الاجازة ... الفضولي ... المسمى ... مهر المثل كالسابق
... العقد هذا اذا كان الصداق من مال الولد فلو كان من مال الاب ... لانه لا يخير للولد ... وان دخل في ملك
الولد ضمنا **قوله** لو تزوجها على مال مشار اليه غير معلوم الوزن فتلف قبل قبضه فابرأته منه صح. المشهور بين اصحابنا
جواز الابراء من المجهول لانه اسقاط لما في الذمة بلا معاوضة فلا يعتبر فيه ما يعتبر فيها من المعاينة ومثله هبة المجهول الذي لا
يمنع جهالته من تسليمه وتردد الشيخ في ... ثم قوى الجواز لكن بشرط كون ما في الذمة مجهولا للمستحق ومن عليه الحق فلو كان من عليه
الحق عالما بقدره والمستحق غير عالم بحيث لو علم ... لما اقدم على الابراء لم يصح الا ... ذلك فيعتبر عليه ...
علمه وغير معلوم القدر مع كونه شاهد ... فتلف قبل قبضه ... سبيل الى التخلص منه الا بالصلح والابراء
اختاره ... من جواز الابراء من المجهول يصح هنا ... والتخلص في الصلح ولا فرق في هذه الصورة بين كون الابراء قبل
الدخول وبعده لوجوب المهر بالعقد ... مقداره ... وكذا ... لو كانت عينه باقية على الاخرى ولو
طلقها قبل الدخول ... في التخلص من النصف بالابراء والصلح كالجميع **قوله** وكذا لو تزوجها بمهر فاسد فاستقر لها
مهر المثل فابرأته منه او من بعضه صح ولو لم تعلم كميته لانه اسقاط للحق فلم يقدح فيه الجهالة ولو ابرأته من مهر المثل قبل
الدخول لم يصح لعدم الاستحقاق ... بقوله فاستقر لها المهر على ان وجوب مهر المثل في العقد على مهر فاسد كالمجهول ...
بذلك لا يحصل بالعقد بل بالدخول وقد صرح به سابقا ولا فرق في وجوب مهر المثل بين كون سببه ذلك وبالتفويض فقبل
الدخول لا يكون لها في ذمة الزوج شيء فلو ابرأته من مهر المثل حينئذ ... وهو ... فان كان قبل الدخول ... الشامل للمفوضة
من مهرها فاسد ... الى القسم الثاني سابقا بقوله فاستقر وان ابرأته من بعض ... كنصفه وثلثه بعد
الدخول صح وان لم تعلم كميته بناء على ما سلف من جواز الابراء من المجهول ... من مقدار منه معين كعشرة دنانير مع جهلها
بالمجموع ... على القولين ... مهر المثل ... عدم اشتراط ذلك بل ...
بقدرها ... الابراء ... وان كان ... الابراء من المرأة ... كان مهرها معينا في العقد ...

٣٥٢

مقداره وكذا مهر المثل في المهر واعلم ان الشيخ في ط اطلق القول بكون المهر الفاسد يوجب مهر المثل بالعقد ولو طلق قبل الدخول لزمه نصفه
وخص وجوبه بالدخول في المفوضة وفرع عليه جواز الابراء منه قبل الدخول من غير تقييد بالدخول وفيه مخالفة والحكم المطلق
اشتراط الدخول بايشمال الاخرين وهو جيد على مذهبه وكذا صنع في ير واما في عد فجمع بين عبارة الشيخ في الاول وصار به الحكم
فالمطلق الحكم بصحة الابراء من مهر المثل في المهر الفاسد من غير تقييد بالدخول ثم اطلق القول بانها لو ابرأته من مهر المثل قبل الدخول
لم يصح فان العبارة متدافعة ظاهرا محتاجة الى التنقيح بحمل الاول على وقوع الابراء بعد الدخول ليوافق مذهبه في التحرير او تخصيص
الثانية بالمفوضة ليوافق مذهب الشيخ **قوله** اذا زوج ولده الصغير فان كان له مال فالمهر على الولد وان كان فقيرا فالمهر في
عهدة الوالد ولو مات الوالد اخرج المهر من اصل تركته سواء بلغ الولد وايسر او مات قبل ذلك هذا هو المشهور بين علمائنا
لا نعلم فيه مخالفا والمستند فيه الصحيحة الدالة عليه كصحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلم قال سالته عن رجل كان له ولد فزوج
منهم اثنين وفرض الصداق ثم مات من اين يحسب الصداق من جملة المال او من حصتهما قال من جميع المال انما هو بمنزلة الدين ورواية
الفضيل بن عبد الملك قال سالت ابا عبد الله عليه السلم عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير قال لا باس قلت يجوز طلاق الاب قال
لا قلت على من الصداق قال على الاب ان كان ضمنه لهم وان لم يكن ضمنه فهو على الغلام الا ان لا يكون للغلام مال فهو ضامن له
وان لم يكن ضمن وموثقة عبيد بن زرارة قال سالت ابا عبد الله عليه السلم عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير قال ان كان لابنه مال
فعليه المهر وان لم يكن للابن مال فالاب ضامن المهر ضمن او لم يضمن واستثنى في كره من الحكم بضمان الاب له على تقدير فقر الابن ما لو صرح
الاب بنفي الضمان فانه لا يضمن وحمل قوله في الرواية او لم يضمن على عدم اشتراط الضمان لا على عدم اشتراط عدمه ولا يخلو من اشكال
لان النص والفتوى متناول لما استثناه وحمله على غيره محتاج الى دليل نقلي يعارضه حتى يوجب حمله عليه لان الصبي يحتاج
الى النكاح فالحظ له في التزام المهر في ذمته مع الاعسار عنه وتزويج الولي له غير متوقف على وجود المصلحة بل على انتفاء المفسدة
ولو قيد ذلك بما اذا كان في الزام الصبي بالمهر مصلحة له بان كانت الزوجة مناسبة له وخاف فوتها بدون ذلك ونحوه قرب من
الصواب الا ان تخصيص النصوص الصحيحة بذلك لا يخلو من اشكال ولو كان الصبي مالكا لبعض المهر دفع بعضه من ماله بنسبة ما يملكه
ولزم الاب الباقي واطلاق النصوص والفتاوى يقتضي عدم الفرق في مال الصبي بين كونه مما يصرف في الدين على تقديره وغيره
مما لو كان له دار سكنى ودابة ركوب ونحو ذلك ووجه الاطلاق ان الحكم بوجوب المهر في ذمته لا يقتضي صرف ماله المذكور في
الدين وانما يقتضي ثبوته في ذمته على هذا الوجه فيبقى في ذمة الولد الى ان يقدر على الوفاء جمعا بين الاصلين اذا تقرر ذلك فنقول
كل موضع لا يقتضي المهر فيه الوالد تبرعا لم يرجع كالوادي الاجنبي ولو ضمن صريحا ما تعلق المهر به ثم ادى فلو ادى بعد ذلك هل يرجع
به اختلف كلامه في كره ففي موضع منها جوز رجوعه اذا قصد بالضمان الرجوع تخيرا بان قصد الرجوع هنا يجري مجرى الاذن
عنه في الضمان وفي موضع اخر قطع بعدم الرجوع محتجا بانه ادى ما لا يجب عليه بالشرع وفي الفرق بين حالته كذلك تاديره لم
ينظر لانه بالنظر الى الطفل متبرع في الموضعين وبالنظر الى كونه وليا منصوبا للنظر ورعاية المصلحة للابن ينبغي عدم
الضمان في الموضعين اذا ادى وقصد بطريق الولاية على قصد الرجوع على الطفل ويتجه على هذا ان يتقيد ذلك بمصلحة للطفل بان يطلق
بين المعسر والمقال من مستحق الى غيره لا يكون مصلحة بل قد يكون كما لو كان المستحق النازل يهمل من الاولاد ويتوقى
وقد ينعكس فان الحكم الى كون الاداء والضمان مصلحة للطفل وقصد الرجوع عليه اتجه جوازه والا فلا واعلم ان النصوص و
الفتوى موردها الاب اذا زوج ولده الصغير وفي تعدي الحكم الى الجد له وان علا وجهان من انه في معنى الاب وهو اب حقيقة
هذا الث

٣٥٣ لهذا الاب ولاية اقوى من ولاية الاب ومن منع كونه ابا حقيقة والحاقه به قياسا عنده فيقال ما هو ابوه بل جده ومطلق الاب مستعمل في الحقيقة
من الحقيقة والوجه الاقتصار في الحكم المخالف للاصل على موضع اليقين وهو الاب **قوله** ولو دفع الاب المهر وبلغ الصبي فطلق
قبل الدخول استعاد الولد النصف دون الوالد لان ذلك يجري مجرى الهبة له اذا دفع الاب المهر عن الصغير مع يسار الولد
تبرعا او مع اعساره لكونه ضامنا ثم بلغ الصبي وطلق قبل الدخول زال ملك المرأة عن نصفه وهل يعود الى الاب او الى الابن
الاقوى الثاني وهو الذي قطع به المص وان تردد بعده لان المرأة ملكته بقبضها اياه منه سواء كان تبرعا او من قبل
ام لا ومن ثم كان النماء لها وخروج النصف بالطلاق ثابت للزوج بالنص فلا يبطل الملك السابق حتى يقال انه يعود الى الملك
انما ملكه الابن بالطلاق من غير اسبه فاشبه ما لو وهب الاب الاجنبي ثم وهب الاجنبي الابن فهذا الملك لان ذلك يجري مجرى الهبة
له ويحتمل ان يريد بما ذكرناه من انه يجري مجرى هبة المرأة للاب لان الملك انما انتقل عنها وان يريد به ان دفع الاب المهر عن الولد
يجري مجرى هبته اياه فلا يعود الى ملك الاب لان الاب لا يرجع في هبته ولده وعلى التقديرين فالتسمية تقريب لا حاجة في الحكم
اليه ووجه تردد المص في ذلك بما ذكرناه ومن ان المهر عوض البضع وهو ملك للولد قطعا فيكون مضمونا عليه ولو دفعه الابن
حيث التزامه في ذمة الصغير الذي لا يحتاج الى النكاح لا يجب كونه دفعه لم وان نزل منزلتها فلا يلزم مساواتها في جميع
الاحكام خاصة القصر وسيما وفائدة في الولد فاذا ابراه ان ذمته من النصف بالطلاق ينبغي ان يعود الى الاب الا ان الاول لا يخلو من قوة ولا يخفى ضعف
وضمنه عوده الى الفارض وهو الاب وان قيل فلمن نصف ما قبضته كان النصف الاخر باقيا على ملك السابق ووجوبه منع التزام
ملك الولد البضع كون عوضه عليه وانما صرف ما لم يشاء في دفع العوض على الاب اجماعا انما الكلام في عوده لعدم وجه عن
ملكه وجوبه فانه ثم لا نقول ان دفع المهر الاب له هبة حتى يلزم ما ذكره وانما تم ما فرضناه تنزيلا منزلتها لما بيناه من
المناسبة والاحكام في وفاه المستحق عليه واستقال المستحق بالطلاق وملك ان قوى في الزوج لا الضياد فيه تحت هذه الاية
تقتضيها كون العارض المطلوب ان العائد النصف ما نحن فيه مسئلة النزاع خارجة عنه اذا عرفت ذلك فنقول قول المص في
دفع الاب المهر الى الزوجة انه لو لم يكن دفعه لا يستحقه الولد بل برائة ذمة الولد الاب عن النصف ويلوح منه دفع النصف الى الزوجة وهذا
قطع الشيخ في ط وتبعه ج عليه وجيد بما سبق من ان دفع الاب المهر بمنزلة الهبة للولد فيعد قبضه لا رجوع فيه او قبله غير متحقق
فيرا ذمته من النصف فلا يملكه الولد لعدم القبض وهذا يتم لو كان الاب متبرعا بالدفع عن الصغير كما لو كان الصغير موسرا او
معسرا وقد شرط الاب في العقد عدم الضمان على ذلك القول انما او الزمه ابتداء كما لو كان الولد معسرا ولم يشترط عدم ضمانه فان
المهر يلزمه بالعقد سواء ثبت في ذمة الاحتي لو كان معساملك نصفه كما سلف فلا يظهر الفرق بين قبضها وعدمه هذا التعليل
بالهبة لا يظهر الا مع التبرع لا مع لزومه له ابتداء **قوله** لو ادى الوالد المهر عن ولده الكبير تبرعا ثم طلق الولد رجع الولد بنصف
المهر ولم يكن للوالد انتزاعه لعين ما قلناه في الصغير وفي المسئلتين تردد ما تقدم من التعليل في الصغير آت في اداء المهر عن الكبير
بل هو اولى لان الاب متبرع محض عند هو كما لو ادى الاجنبي دين الغير بغير اذنه وهو بمنزلة الهبة للولد وانتقاله الى الطلاق الزوجة بالعقد
بمنزلة التصرف المتعقب في الموهوب والحق ان النصف يعود الى الولد ايضا لما ذكرناه من انتقال العوض الى ملك الاب وعوده الى الولد
المطلق بالتجديد وبه يعضد ما لو دفع عنه اجنبي وهنا يظهر الفرق بين دفع المهر الى المرأة وعدمه لانه لما لم يكن المهر لازما
له وهو متبرع بالايفاء فلم يخرج عن ملكه الا بدفعه فان دفع الجميع كان الحكم الى ما سبق وان دفع النصف فطلق الولد قبل الدخول
سقط النصف الاخر من ذمة الزوج ولم يجب على الاب دفعه الى الولد بغير اشكال لانتفاء ما يقتضيه والمستند في حكم المسئلتين

امنه في الولد الصغير والكبير وقد سبق وجه في الصغير واما وجهه في الكبير فلما فيه من ان دفعه قضاء دين الغير وهو
يستلزم ان يكون هبة حتى يقال ان الولد ملكه ولا يصح للاب الرجوع في هبته الولد على تقدير كونه اجنبيا لا يلزم منه بل الهبة
على هذا الوجه بمنزلة الهبة المقتضية لها اذ ليس في ايفاء المهر ما يدل على الهبة بوجه ولا يلزم تعلق حكمها به والاصل بقاء الملك على
مالكه حيث لم يتحقق قصد التمليك بل غايته اراده قال آنه ذمته من الدين فاذا تبين ان ما بالطلاق عاد المال الى الاصل وجوابه ما سبق من
الحكم بانتقال ملكه على تقدير الدفع الى المرأة قطعا وان لم يجعله ملكا للولد والزوج يستحق النصف بالطلاق بحكم جديد لا بحكم الملك
السابق فعوده الى الملك الاول بعد العلم بانتقاله عنه محتاج الى الدليل وان لم نقل بكونه هبة واما بناء الحكم على ان قضاء دين
الغير هل يستلزم دخوله في ملكه فيما لم يلاحظه على تقدير الملك يكون هبة وان تحقق والحق هل يفيد منع الواهب من الرجوع
ام لا وان المدفوع هل هو الواجب بالعقد ام لا فكانه تكلف مستغنى عنه بالملك بحكم المرأة له قبل الطلاق وكون الطلاق ناقلا لملك
النصف المدفوع لا مبطلا واعلم ان الشيخ في ط قطع في المسئلتين بعدم عود النصف المدفوع الى الوالد كما ذكره المص من غير تردد واتفق
كلام العلامة في كتبه في ان الحكم في الصغير كذلك واختلف كلامه في الكبير فقوى في عد قطع بكون حكمه حكم الصغير في عود النصف اليه
وفي ير قوى رجوعه الى الاب بعد ان حكم بكونه للولد وفي عد استشكل عود النصف اليه بعد ان حكم بكونه للولد ايضا وبالجملة
فلم يتحقق في الصغير خلاف وانما هو في الكبير وانما تردد المص نظرا الى ما يظهر من عدم افادة تعليله المدعى فان الشيخ علله ثم
على الهبة بكونه هبة وان الهبة لا يرجع فيها بعد اقباضها للرحم او بعد التصرف ولا يخفى ضعف التعليل **قوله** الفصل الرابع في التنازع
اذا اختلفا في اصل المهر فالقول قول الزوج ولا اشكال قبل الدخول لاحتمال تجرد العقد عن المهر لكن الاشكال لو كان بعد الدخول
والقول قوله انما نظر الى البراءة الاصلية لا اشكال لو قدر المهر ولو بادنى ورجع لان الاحتمال متحقق والزيادة غير
معلومة اذا اختلف الزوجان في اصل المهر بان ادعت الزوجة عليه المهر فقال لا مهر لك عندي او ما ادى ذلك من غير ان يتعرض
الى العقد والتسمية وعدمها فقد اطلق المص وجماعة من الاصحاب تقديم قول الزوج سواء كان الاختلاف قبل الدخول ام بعده
لان مجرد العقد لا يستلزم المهر لامكان عروه عن التفويض ثم يكون استمراره ابدا الى ان يموت احدهما قبل الدخول واما اذا وقع
بعد الدخول فهو قبول قوله اشكال لان العقد انشغل على المهر فهو اللازم له والاصل بقاؤه والا فاللازم بالدخول مهر المثل في المص
بعد انا استشكل الحكم ولا معتبر بقبول قوله ايضا مستندا الى البراءة الاصلية وتوجيهها ان العقد لا يستلزم المهر على الزوج ولا الذمة
بل هو لعلم فلا يتيقن على الخاص وتجويزه من ان الزوج قد يكون صغيرا معسرا او قد زوجه ابوه فكان المهر في ذمة الاب او كان عبدا فزوجه مولاه
فكان لازما للمولى وحد النكاح المشتمل على الدخول لا يقتضي وجوب المهر في ذمة الزوج فيتسلسل بعد الاختلاف باصالة براءة ذمة الزوج
فيدخل في عموم اليمين على من انكر وهذا التوجيه حسن حيث يكون الزوج عقلا لا تكون احد الصنفين فلو علم انتفاؤهما في حقه
حريته معلومة ولم تتزوج المرأة المدعية الا وهو بالغ او مات ابوه قبل ان يزوجها فجوز للدالتم التمسك بالبراءة الاصلية
للقطوع باشتغال ذمته بعوض البضع لا بحصل اداء وحج والامرين على سبيل منع الخلو لانه ان كان لم يسم مهرا اقصى استحقت عليه مهر
المثل وان كان قد سمى استقر المسمى والاصل عدم دفعه اليها واللازم من ذلك ان لا يلتفت الى انكاره بل ان يحكم عليه بمهر
المثل او ما تدعيه المرأة ان كان اقل نظرا الى اصالة عدم التسمية الموجبة لذلك على ان يطالب بجواب لخرج عن اصل الانكار فان
ادعى تسمية حكم عليه المسمى الا ان يثبت براءته منه او عدمها يثبت عليه مقتضى التفويض ومن الاصحاب من نظر الى هذه
الامرين الحسنين لكن ذمته من المهر بعد الدخول فلا يعارضها الاصل من ايجاب الوطي المحترم عوضا فاوجب عليه مهر المثل
اختيارية

٣٥٤ اختيارية في دعوى لابد من تقييده بعلم زيادته على ما يقبله لان الزائد عنه ينفي باقرار المدعي فلا يجب دفعه اليه فان قيل عوض البضع الحق
غير محصور في مهر المثل لانه كما يجوز ابتداء ثبوته بالتفويض مع الدخول يجوز ثبوته بتسميته مقداره فلا يحصل تسمية اقل منه الا ان يبلغ
اقل ما حد الاول فيه كما اشار اليه المص بقوله ولا اشكال لو قدره بادنى لان الاحتمال متحقق والزيادة غير معلومة واذا كان مجهولا
البضع محدد الجميع المذكورة كما بينها لا يحكم بالقدر الزائد عن المحتمل لاصالة البراءة منه قلنا ثبوت القدر الاقل يتوقف على
تسمية في العقد يلزم بقدر الزوج والاصل عدمه بل عدم التسمية مطلقا ان كان خلاف الظ الا ان الاصل مقدم على الظ الا ان الا
ومقتضى الاصل وجوب مهر المثل لانه المترتب على الدخول مع عدم التسمية ويمكن موافقة الظ له بوجه اخر بان يقال
ان الاصل عدم التسمية والظ المعتاد التسمية ولكن مع هذا الظ فالظ ايضا ان التسمية لا يقع بدون مهر المثل
لا ان ما دون ذلك في غاية الندور في سائر الاصطلاح والازمان فالاصل والظ متطابقان على ان المرأة مع الدخول بها تكون
مستحقة مهر المثل في ذمة الزوج عوض البضع فلا مانع من الحكم به خصوصا مع فرض انتفاء ذينك الامرين النادرين حتى لا
يبقى في الاصل شبهة ولا احتمال التقدير ودعوى ذلك منتفية الاصل والظ ولانه لم يدعه الزوج فلا يلتفت اليه والعلامة قول
في ير انه اذا وقع الاختلاف في اصل المهر بعد الدخول يستفسر هل سمى ام لا فان ذكر تسمية كان القول قوله مع اليمين وان
ذكر عدمها لزم مهر المثل وان لم يجب بشيء حبس حتى يبين وفيه نظر من حيث وجوه احدها ان الاستفسار انما يجب مع افادة
الكلام فائدة تلقوه وقد عرفت ان مجرد الاعتراف بالنكاح مع الدخول الحكم بثبوت شيء عليه فلا يجب الاستفسار وان كان جائزا
وثانيها ان تقديم قوله لو ادعى التسمية ولا يخفى ما فيه لان الاصل عدمها فكيف يقدم قوله فيها وانما هو بالنسبة الى ما فوق الاستحقاق
يكون القول قوله وفي عد اطلق تقديم قول الزوج في التسمية ايضا ولم يذكر ذلك غيره وعموم اليمين على من انكر يقتضيه و
ثالثها حبسه اذا لم يجب حتى يبين فانه تعجيل عقوبة لا سبب لها لما ذكرناه من ان الدخول يقتضي حكما فيحكم بانه ثبت عليه لا
اقراره بالزوجية والدخول يستلزم باقراره بالحق حيث ينبغي هذا الضمان بالاحتمال لا ان النادر لا عبرة به فلا وجه للحبس ثم ان كان الواقع
خلاف الحكم بعد ما عليه فعليه ان يبينه ويقيمه والا فما لحكم بالظ دون ما يطابق القواعد الشرعية وانه يتولى السرائر وفي عد
حكم بتفصيل لو اقل اشكالا من تفصيله في التحرير لكنه غير مستوف للاقسام فقال التحقيق انه ان انكر التسمية صدق باليمين
لكن يثبت عليه قبل الدخول مع الطلاق المتعة ومع الدخول مهر المثل والاقرب انه لو ادعت ان قصور عنه ما يثبت ما ادعته ولو
انكر الاستحقاق عقيب دعواها اياه ودعواها التسمية فلما اعترف بالنكاح فالاقرب عدم سماعه هذا لفظه والقسم الاول
منه لا اشكال فيه واما الثاني وهو انكاره الاستحقاق فلم يحصل المسئلة لان القسم الاول وهو انكاره التسمية مسئلة اخرى
لا اشكال في صحة قوله على تقدير عدم سماع دعوى عدم الاستحقاق فيبقى ما بقي من الحكم هل يثبت عليه شيء او يطالب بالجواب
اخرى على تقدير المطالبة هو قبول عليه لو لم يجب الا مع ذلك في فصل خ وهو الى اين قدر اوان فاكا ذكره وهو في عزه ولا
يغني هنا ذكر الاختلاف في العقد وانه راجع اليه لان تلك مسئلة اخرى غاية ما في هذه اذا اصل هذه دعواها عليه اصل المهر فتعين
منه بدعوى سبيل الامر ذلك فيها دعواها قدرا واعترافها باقل منه ويمكن ان يقال ان دعوى اصل المهر غير مسموعة بناء على عدم
سماع الدعوى المجهولة فلابد من تحريرها بالقدر فيرجع جوابه بالقدر الى الاختلاف فيه وعلى هذا فيكون تركهم الجواب من قوله في
بر تعبدا لك فلا اشكال لو قدره بادنى ما ينبغي ان يكون مما دخل الحكم فقد المهر ولو بادنى وتحرير القول يتم بعرض المسئلة
على اربعة اوجه احدها ان يدعي عليه الزوجة بالمهر فيقول ليس لك عندي مهر وهذا اصل المسئلة المفروضة الثاني ان يدعي

عليه المهر كان مقبول لانه المدعى به وهذا اصل المسألة المفروضة الثالث ان يدعي عليه بقاء مهر فيقول ليس
عندي مهر الرابع ان يدعي عليه كذا فيقول مالك عندي سوى درهم مثلا وهذا الرابع هو مسألة اختلافهما في القدر
وسيأتي والثلاثة الاول يرجع الى اختلافهما في اصل المهر والذي اعتمده في هذه المسألة ان جوابه عقيب دعواها المهر
او مقداره اذا وقع بنفيه مطلقا وكان مما يمكن في حقه البراءة فان كان نحو مجهول الاصل الى مباشرة الاسباب
ونحو ذلك فالقول قوله مع يمينه لاصالة البراءة وان كان الفرض نادرا لان مجرد الاحتمال كاف في تحقق الاصل السابق وانما
بثبوت ما يجعل له موجب وان احتمل تعلق المهر بذمته ابتداء بان علم انه كان عند تزويجها بالغا حرا فان كان قبل
الدخول حكم عليه بمقتضى التفويض عملا بالاصل فان طلق قبل الدخول لزمه المتعة الا ان يدعي مدعاها ان حلفت على ذلك
فان مات احدهما فلا شيء وان كان ذلك بعد الدخول حكم عليه بمهر المثل مع يمينها الا ان ينقص عنه فيقتصر على الحلف عليه ليطابق
الاصل والظاهر عليه كما اسلفناه ولو عدل قبل اليمين ذلك عليه الى دعوى كالبراءة الاولى بان قال كنت سميت قدرا ولكن وصل
اليها او ابرأتني منه ونحو ذلك سمعت الدعوى وترتب عليها حكمها من قبول قولها في القدر وقبول قولها في عدم القبض والابراء
وقع جوابه بالاعتراف بقدر معين قبل قوله بحاله البراءة من الزائد على اشكال في هذا القسم الثاني ولو اتفقا على التسمية او
وترتب عليه حكمها كما حسنا الا انه غير متعين بقي في المسألة امور ينبغي التنبيه عليها الاول في قول المصنف وغيره لا اشكال
لو قدر المهر ولو بارزة لان الاحتمال متحقق والزيادة غير معلومة نظر بل الاشكال واقع ايضا الا ان دعواه ذلك القدر ان كان حكم
اي بحرد اعم من جهة التسمية وعدمها فاسلف من وجوب مهر المثل ان غير ولحمل الكلام على انه يقدره لذلك ابتداء يرجع الى الاختلاف
في التسمية والقسم قوله ممكن لاندفعها ان كنت مع الاطلاق وان كان مقيدا بدعوى التسمية وانكرتها فالقول قولها لانها حينئذ
منكرة والاصل عدم التسمية وان كان مع اتفاقهما على التسمية وغيرها اكثر من ذلك فهو مسألة الاختلاف في القدر وسيأتي
الكلام فيها الثاني لو وقع هذا الاختلاف بين ورثتهما او بين احدهما مع ورثة الاخر فحكمه حكم ما لو وقع بينهما ومثله ما لو ادعته
الزوجة وقال وارث الزوج لا اعلم الحال او كان صغيرا او غائبا الثالث الاكثر في كلام المصنف وغيره على وجه المبالغة في
قبول قول الزوج ولا ادعي قدرا قليلا وهي كناية عن قبول قدره قليل والاولى حملها على اصلها وحملها بطريق المبالغة في قبول
القليل لا قبول نفسها من قبيل قوله تعالى ومنهم من ان تأمنه بقنطار ومنهم من لا ينجي بعد ذلك على طريق المبالغة وكذا
الكناية يراد ان الله تعالى يقبل القليل والكثير الرابع ربما توهم بعض المتعلمين ان هذه المسألة اجماعية وان الاصحاب متفقون على
قبول قول الزوج في المهر نظرا الى اطلاق الفتوى جماعة فيلبس بعضهم من الحكم كذلك ولان قوله انه بخلاف ذلك نادر لا يقدح فيه
وهو ناش عن عدم تحرير حقيقة الاجماع على الوجه الذي يصير حجة عند الاصحاب مع ان ذلك خلاف كثير المتقدمين حتى الشيخ في
المبسوط ... غافل عن موضع المسألة وانما ذكر مسألة الاختلاف في قدره خاصة تبعا للنقل الوارد فيه والمتأخرون فرعوا هذه المسألة وردوها
بطريق الاجتهاد واختلفت لذلك اراؤهم حتى من الرجل الواحد في ازمنة مختلفة كما اتفق للمصنف والرجوع فيها الى ما اشار اليه الدليل على الوجه الذي
ذكرناه او غيره قوله ولو اختلفا في قدره او وصفه فالقول قوله ايضا هذا هو القسم الثاني من اقسام الاختلاف في المهر وهو ما اذا اختلفا في قدره
المهر او ادعت انها تستحق عشرين من جهة المهر مائة دينار وسواء كان ذلك جميعا او بعضه وسواء كان ذلك قبل الدخول ام بعده
فقال الزوج بل خمسون فالمشهور بين الاصحاب لا نعلم فيه مخالفا ظاهرا ان القول قول الزوج مع يمينه والاصل فيه قبل الاتفاق
ظاهر صحيحة ابي عبيدة عن ابي جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها فادعت ان صداقها مائة دينار وذكر الزوج انه

اقل

دعي

اقل مما قالت وليس لها بينة على ذلك قال القول قول الزوج مع يمينه ويؤيده اصالة البراءة من الزائد عما اعترف به مدعي عليه
منكر والقول قوله ولا فرق بين كون ما تدعيه مما يشتبه مهر العادة ام لا لما ذكرنا وصحيحة عندنا العموم الادلة وفي الرواية يرجع قول المصنف ولا
اشكال او قدره بارزة وان حصل من اقسام المسألة الاولى بمقتضى اطلاق قوله الاصحاب والرواية انه لا يستغرب هنا لكونه كذلك تسمية
ام تمهر المثل والبحث في ذلك مجال لانه لو كان بعد الدخول مع اتفاقهما على عدم التسمية فالواجب مهر المثل فاذا كان القدر الذي يعترف به
اقل منه فدعواها موافقة ابقاعه الزائد والمختلف بيده بالاعراض ومنع ذلك لا يقبل قوله فيه كذا مع اتفاقهما على التسمية او عدمها
بانها الكثر ولكن يدعي المختص من الزايد والخروج من الفتوى والنص على الواطأ فالدعوى اذا ادعى تسمية هذا القدر وادعت تسمية
الازيد بل الشيخ في فرض المسألة هذا القسم الاخير ومع ذلك ففيهما مع البحث لانه مع الاطلاق كما يحتمل كونه بطريق التسمية يحتمل
كونه بطريق عوض البضع المحترم وهو مهر المثل دائما يتحقق عنده بالتسمية والاصل عدمها وهذا الاصل مقدم على اصالة
البراءة لوجود الناقل عنها مع اختلافهما في قدر التسمية ويكون كل منهما منكرا لما يدعيه الاخر فيهما فلو قيل بالتحالف ووجوب مهر المثل
كان حسنا الا ان اطلاق الرواية الصحيحة المتناول لمحل النزاع يوجب ترجيح اطلاق الاصحاب على ما فيه من المخالفة ومن فالاية في عدم
وليس بعيدا من الصواب تقديم قول من يدعي مهر المثل فان ادعى النقصان وادعت الزيادة عنه قدم قوله وان ادعيا الزيادة عنه فلهما احتمل
تقديم قولها لانها اكثر من مهر المثل ولو ادعيا النقصان احتمل تقديم قولها وهو مهر المثل على كل حال فلا يخرج عن اطلاق الاصحاب وتناوله
اطلاق النص الصحيح وان كان ما قربناه في محل القرب الثانية اذا اختلفا في صفة المهر كالصحيح والمكسور والجيد والردي فالقول قول
الزوج مع اليمين سواء كان ما يدعيه يقدره مهر المثل ام اقل وسواء كان قبل الدخول ام بعده لاصالة براءة ذمته مما تدعيه المرأة من
الوصف الزائد والحق به بعض الاصحاب ما لو اختلفا في الحلول والتاجيل او في قدر الاجل بل جعلهما من افراد الاختلاف في الصفة وشكل
بان الاصل عدم التاجيل وعدم زيادة الاجل عما يدعيه فهو المنكر وهو المدعي فتقديم قولها امام ولو قيل بالتحالف على تقدير
الاختلاف في الصفة لان كلا منهما ينكر ما يدعيه الاخر خصوصا مع تصريح كل منهما بكون ما يدعيه هو الذي وقع عليه العقد كان وجها
فيثبت مهر المثل الا ان يزيد عما تدعيه المرأة فيقتصر عليه او ينقص عما يدعيه الزوج والحق جماعة من الاصحاب منهم الشيخ في المبسوط في اختلافهما
في جنسه بالاختلاف في صفته كما لو قالت المهر مائة دينار فقال بل مائة درهم واستدل عليه بان الزوج منكر فيكون القول قوله
والاشكال فيه اقوى ووجه التخالف فيه اولى الا ان الاصحاب اعرضوا عنه واسنده جماعة من العامة ثم تبعوهم في اكثر هذه المسائل
حتى في الاختلاف في اصل المهر وما حققناه في المهر ولم يتعرض المصنف للاختلاف فيهما في الجنس ولا العلامة جزم به قوله اما لو اعترف
بالمهر ثم ادعى تسليمه ولا بينة فالقول قول المرأة مع يمينها المشهور به دعوى ما اعترفت به واصالة عدم التسليم فيكون منكرا
له وهي المنكرة فيقدم قولها وهذا مما لا اشكال فيه لكن في رواية الحسن بن زياد الموقوفة لو ادخل الرجل بامرأة ثم ادعت المرأة
وقال الزوج قد اعطيتك فعليها البينة وعليه اليمين وهي ضعيفة السند مقطوعة لكن قد تقدم في معناها صحيحة عبد الرحمن بن
الحجاج عن ابي عبد الله عليه السلام وفي اخرها اذا اهديت اليه ودخلت بيته وطالبت بعد ذلك فلا شيء لها انه كثير لها ان يستحلف
ما لها قبله من صداقها قليل ولا كثير وعمل بمضمونها ابن الجنيد فقدم قول الرجل في البراءة من المهر بعد الدخول وحملها في ثبوته
قبله والمذهب هو الاول والله اعلم والفرق بين وقوع الدعوى قبل الدخول وبعده قوله لو دفع قدر مهرها فقالت دفعته هبة فقال
بل صداقا فالقول قوله لانه ابصر بنيته اذا دفع اليها شيئا سواء كان بقدر مهرها ام اقل منه واختلفا فقال دفعته صداقا او من
الصداق وقالت بل دفعته هبة فان كانت دعواها عليه انه نوى بالدفع الهبة من غير ان يتلفظ بما يدل عليها فالقول قوله بغير يمين

لانه اعرف بقصده والتلفظ لا يعلم الا من جهته ما لم يتحقق الهبة الا بانضمام لفظ يدل عليه فلا يفتقر الى اليمين وان ادعت التلفظ بما يدل على الهبة فالقول
قوله مع اليمين لاصالة العدم ولانه منكر وتعليل المصنف بكونه ابصر بنيته يدل على القسم الاول لان مرجعه الى دعوى ومعه لا حاجة
الى التعليل بكونه ابصر بنيته لانه لا يحتاج الى البينة لم يكف الحكم بكونه هبة بل لا بد من انضمام اللفظ الدال عليه كقوله خذه هبة
او هدية ونحو ذلك ولو اريد القسم الثاني فما يشمل الامرين كما يقتضيه اطلاق اللفظ لولا التعليل احتيج الى تعليل ايضا لانه
وضعه لفظ يدل على الهبة او الصداق حكم به عليه ظاهرا وان لم يعلم نيته وان لم يقع منه لفظ يدل عليه لم يكن البينة والظاهر
ان المصنف اراد الجمع بين الحكمين كما فصله في التحرير وعند ذلك التعليل لا يجري عليه بما يتكرر بانه على قسم ثالث بان يكون قد عبر
بلفظ يحتمل الهبة وغيرها كقوله خذ هذا وهذا لك او خذه او نحو ذلك من الالفاظ غير الصريحة في الهبة فانه لا يحكم بها
الا مع انضمام القصد وانما يعلم ذلك من قبله فاذا ادعت قصد الهبة بمثل ذلك فالقول قوله لانه ابصر بنيته اما مع التصريح
باحد القسمين كقوله خذه هبة او مهرا فلا يفتقر في الحكم به الى العلم بنيته لانه صريح في مدلوله ويكون بانضمام ما علم
ان المعاطاة يكفي في الهدية وهي نوع من الهبة فاذا اختلفا في قصدها قبل قوله بيمينه لانه ابصر بنيته وهذا اقرب الى مراده وقد
تقدم البحث في ذلك في باب الهبة قوله اذا خلا فادعت المواقعة فان كان الزوج اقامة البينة بان ادعت هي المواقعة قبلا وان
كانت بكرا فلا كلام والا كان القول قوله مع يمينه لان الاصل عدم المواقعة وهو منكر لما تدعيه وقيل القول قول المرأة عملا بشاهد
حال الصحيح في خلوته بالحلائل والاول اشبه اذا ادعت بعد الخلوة التامة الخالية من موانع الوقاع الدخول وانكرت فان كانت
بكرا فلا اشكال لامكان الاطلاع على صدق احدهما بالاطلاع الثقات عليها من النساء وذلك جار في مكان الحاجة كنظر الشاهد والطبيب
وان كانت ثيبا فقد تعارض الاصل والظاهر والاقوى تقديم الاصل لان وجود القدرة والداعي وانتفاء الصارف مظنون لا معلوم ومعها
لا بد لفعل القادر من ترجيح والاصل عدمه وقد تقدم البحث في هذه المسألة وما يدل من الاخبار على الطرفين في ان الخلوة هل
يكفي في استقرار المهر من دون الجماع ام لا قوله لو اصدقها تعليم سورة او صناعة فقالت علمني غيره فالقول قولها لانها
منكرة لما يدعيه المراد انه ادعى تعليمها وانكرت تعلمها انه علمها غيره والكفى بدعواها ذلك لان المقام على التنازع ولا
التعليل دارادوه لانها منكرة لما يدعيه انه بدعواه تعليمها يدعي اقباض المهر وهي تنكره فيرجع النزاع الى الاختلاف في تسليم
وقد علم ان القول قولها لاصالة عدم الاقباض فيجب عليه اجرة مثل التعليم لتعذره كما سبق ومثلها ما لو ادعى تعليمها السورة
المعينة وادعت انها تعلمتها من غيره قوله اذا اقام المرأة بينة انه تزوجها في وقتين بعقدين فادعى الزوج تكرار العقد
الواحد وزعمت المرأة انهما عقدان فالقول قولها لان الظاهر معها وهل يجب عليه مهران قيل نعم عملا بمقتضى العقدين وقيل يلزمه مهر
ونصف والاول اشبه اذا اختلف الزوجان المتفقان على وقوع عقدي نكاح بينهما في وقتين او مع اقامة البينة على العقدين
فادعى الزوج التكرار والمحض على وجه الاحتياط في تصحيحه او لاشهاده او مجردا وادعت المرأة ان كلا منهما عقد شرعي وان لم يذكر
سبب الفرقة من العقد الاول لان الدعوى مدلول عليه ولان دعوى الشروط تستلزم وقوع الشرط فقدم قولها عملا بالحقيقة الشرعية
فان العقد حقيقة شرعية في السبب المبيح للبضع واستعماله في نفس الايجاب والقبول المجردين عن الارتباط كتسمية الصورة
المنقوشة على الجدار فرسا ومثلها ما لو قال لغيره بع هذا العبد متى ثم ادعى انه ملكه فانه لا يلتفت اليه ويجعل الاثبات اقرارا
له بالملك ولا يعتد بقوله او طلبت منه صورة البيع ولا يعتبر التعرض في الدعوى الوطء لان المهر المستوجب بالعقد على اخر القولين
والمراد بقول المص لان الظاهر معها ان الظاهر اطلاق اللفظ حمله على حقيقته دون مجازه والمراد بالظاهر مع الاصل من حيث ان استعمال

العقد

العقد في غير حقيقته خلاف الظاهر في الاستعمال وان كان المجاز فيه كثيرا شائعا او المقر و دليل الذي يقول بالعقدين فهو
تعددهما وهو الذي اختاره المصنف انه يجب عليه مهران لان كل عقد سبب تام في وجوب المهر والاصل استمراره لانه لا ينتصف الا بالطلاق
وفي سماع دعواه منه نظر لانها منافية للدعوى الاولى او مزوج بها او ثانيهما انه مهر ونصف وهو الذي حكاه المصنف ثانيا واختاره
الشيخ في المبسوط وقبله في المختلف وغيره ولان سبب المهر لان الفرقة يحققه لتزويجه فرض العقد الثاني والوطء غير معلوم والاصل عدمه
لزوم مهر واحد لان من اسباب الفرقة ما لا يوجب مهرا ولا نصفه كردتها او اسلامها وفسخها بعيب او قبل الدخول وفسخها بعيب عنن
العنة قبله ويمكن رجحه بانه لما الطلاق في الاول قبل الدخول وفي الثاني كذلك والاقوى وجوب المهرين لاصالة بقائهما في ذمته
الى ان يحصل المزيل وهو غير معلوم مع عروض الفرقة اعم من كونها مسقطة وعدم الان بدعي عدم الاصابة في الاول والطلاق
فيلزمه مهر ونصف ويدعي الطلاق في الثاني ايضا قبل الدخول ليسقط نصف الاخر فيجمع بينهما او يدعي الفسخ بالعيب لاجل الاسباب الموجبة لعدم المهر
مع امكانه فيجب المهر الثاني خاصة او يدعي الطلاق قبل الدخول في الثاني فيصدق لا غير لكن يشكل مع ادعاء الفسخ بالعيب لاصالة
عدمه ويظهر من الشهيد في شرح الارشاد ميلا الى تجويزه بنفي القطع بالزيادة على المهر الثاني لاحتمال دعوى الطلاق فانه يعلم
يرجع قبل البينة الى الدخول فالاصل عدمه كان الاصل استحقاق المهر كاملا الى ان يدعي المزيل فلو سكت عن الدعوى ثبت المهران على الاقوى
وهذا كما ان المستودع بعد ثبوت الايداع بطل الايجاد ويحبس عليها ما دام ساكتا فان ادعى تلفا او ردا استحق يمينه وانقطعت المطالبة
قوله النظر الثالث في القسم والنشوز والشقاق هو بفتح القاف مصدر قسمت الشيء اقسمه وبالكسر الحظ والنصيب ويقال هو النصيب
ويكون اعتبار القسم بين الزوجات منها وهو حق واجب في الجملة بالاتفاق عليه من الزوجات لقوله تعالى وعاشروهن بالمعروف
للانصار والتابعين قوله لكل من الزوجين حق يجب على صاحبه القيام به فكما يجب على الزوج النفقة ومن الكسوة والمأكل والمسكن
والاسكان فكذلك يجب على الزوجة التمكين من الاستمتاع ويجب ما يتفرع منه الزوج لا خفاء في ان لكل من الزوجين حقا على الاخر
قال الله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم بعض من الحقوق لهن على الازواج من النفقة والمهر وغيرها وقال تعالى وعاشروهن
بالمعروف وقال تعالى ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف والمراد تشبيه اصل الحقوق لا في كيفيتها لاختلافها ورووا عن محمد بن مسلم في
الصحيح عن الباقر عليه السلام قال جاءت امرأة الى النبي صلى الله عليه وآله فقالت يا رسول الله ما حق الزوج على المرأة فقال ان تطيعه ولا تعصيه ولا
تتصدق من بيتها الا باذنه ولا تصوم تطوعا الا باذنه ولا تمنعه نفسها وان كانت على ظهر قتب ولا تخرج من بيتها الا باذنه فان
خرجت بغير اذنه لعنتها ملائكة السماء وملائكة الارض وملائكة الغضب وملائكة الرحمة حتى ترجع الى بيتها فقالت يا رسول الله من اعظم الناس
حقا على الرجل قال والده قلت فمن اعظم الناس حقا على المرأة قال زوجها قالت فما لي عليه من الحق مثل ما له علي قال لا ولا من كل
مائة واحدة فقالت والذي بعثك بالحق لا يملك رقبتي ابدا وقال صلى الله عليه وآله لو كنت آمرا احدا ان يسجد لامرت المرأة ان تسجد
لزوجها من عظم حقه عليها والذي نفسي بيده لو كان من قدمه الى مفرق رأسه قرحة تنبجس بالقيح والصديد ثم استقبلته تلحسه
ما ادت حقه وقال صلى الله عليه وآله اكمل المؤمنين ايمانا احسنهم خلقا وخياركم خياركم لنسائهم وروى شهاب بن عبد ربه قال قلت لابي
عبد الله عليه السلام ما حق المرأة على زوجها قال يسد جوعتها ويستر عورتها ولا يقبح لها وجها فاذا فعل ذلك فقد ادى والله حقها
اذا تقرر ذلك فالواجب على كل منهما القيام بالحقوق التي عليه من غير ان يحوج صاحبه الى طلبها والاستعانة بغيره وان لا
يظهر الكراهة في تأدية الحق بل يؤديه باستبشار وانطلاق وجه وان يكف عما يكرهه صاحبه من قول او فعل بغير حق ومنه تمكين
الزوجة من الاستمتاع ولو التزما بنفسه كان ذلك مستحبا لا واجبا فهو من جملة ما عليهن بالمعروف ومنه الخروج من منزله بغير اذنه

ولو الى بيت اهلها حتى لو كان مجنونا ويقسم عنه الولي لما كان الغرض من القسم الايناس والعدل بين الزوجات والتحرز عن الايذاء و[illegible]
بترجيح بعضهن على بعض لم يفرق فيه بين الحر والعبد ولا بين العنين والمجبوب ولا بين المجنون وغيره لاشتراك الجميع في
الفائدة والمقصود [illegible] واما المجنون اذا كان له زوجات متعددة [illegible] بلغ رشيدا
[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

نصف النهار ومع ذلك ليس في كلام ابن الجنيد ان يكون معها في الصبيحة بل في القيلولة خاصة وهذا خلاف الرواية
الأولى حمل الرواية على الاستحباب لقصورها عن افادة حكم الوجوب من حيث السند والأمر في الاستحباب سهل وكذا الحكم
في بقية النهار وهذا كله فيمن لا يكون كسبه ليلا كالحارس والاتوني والحداد والقسمة في حقهما واشباههما النهار بحكم
الليل عندهم كما ان غيرهم والنهار كالليل عند غيرهم في جميع ما ذكر ولو اختلف عمله فكان يعمل تارة بالليل ويستريح بالنهار وجب
عليه اعادة التسوية بين زوجاته من الاجناس فان شق عليه ذلك لزمه لكل واحدة ما يتفق في نوبتها من ليل او نهار **قوله** ولو
كانت الامة مع الحرة او الحراير فللحرة ليلتان وللامة ليلة اذا كان لم يزوجة هكذا ذكره جماعة من المتأخرين ولا يخلو من
نظر لان تنصيف الليلة في القسمة يجوز لعوارض كما سيأتي وان لم يجز التنصيف ابتداء فلا مانع من كونه هنا كذلك ولما كان
الاصل وورود القسمة اربع ليال فالعدد المجعول من ثماني يجر ذلك مشكل خصوصا اذا قيل بجواز جمع ليلتي الحرة من الثماني
لان ذلك خلاف وضع القسمة شرعا وهذا كله اذا اوجبنا القسمة ابتداء اما لو لم نوجبها الا مع الابتداء بها في الحرة والامة
بما ذكر اولا وسقط حقهن الى ان يبتدئ بواحدة منهن من غير اعتبار دور وكذا القول في باقي الصور الآتية وذهب المفيد الى
ان الامة لا قسمة لها مطلقا والاصح المشهور لصحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن الرجل يتزوج المملوكة على الحرة
قال لا فاذا كانت تحته امرأة مملوكة فتزوج عليها حرة قسم للحرة مثلي ما يقسم للمملوكة وفي معناها غيرها **قوله** والكتابية كالامة
في القسمة فلو كان عنده مسلمة وكتابية فللمسلمة ضعف الكتابية مساواة الحرة الكتابية للامة في القسمة لا نص عليه ظاهرا لكنه مشهور بين
الاصحاب وذكر ابن ادريس ان به رواية واستدل له بما يقتضيه الاسلام من ان يعلو ولا يعلى عليه فلو ساوت المسلمة
لزم عدم العلو وفيه نظر لان مثل ذلك لا يقاوم الادلة العامة المساواة لهما وعلو الاسلام يتحقق في غيره من الحقوق الشرعية
فان المسلم والكافر فيه سواء وعلى المشهور لو كانت الزوجة امة كتابية كانت على نصف الامة المسلمة فيكون لجامع الحرة المسلمة
ربع القسمة فيكون لها ليلة من ست عشرة وللحرة المسلمة اربع والباقي للزوجة حيث لا يكون له غيرها واعلم ان اجتماع الحرة والامة
يتشعب الى صور كثيرة وقد عرفت ضوابطها فلا يخفى عليك حكم باقي الفروع وحيث يجتمع للزوجة نسبة مصاحبة تزيد فيها الكسر عن ليلة
يصير الدور هو العدد الخارج منه ما يراد من القسمة كالثماني حيث يكون هناك حرة وامة فالليلتان للحرة منها بمنزلة الليلة
من الاربع ويتخير الزوج بين ايفائها مجتمعين ومتفرقتين وهل يجب جعلهما في كل اربع ليلة كما كان لها ذلك قبل دخول الامة
الاصح رضاها بالجمع وكذا القول في الاربع من الست عشرة مع اجتماعها مع امة كتابية وكذا الليلتان من الثماني للامة المسلمة حيث
يجامعها حرة مسلمة وامة كتابية وما ذكرناه من الاشكال السابق آت هنا بزيادة ولا يحصل التخلص منه الا بان العدد الزائد
الاربع تفرقه باعطائها ليلة من كل اربع ان كانت حرة ثم يكمل في ليلة امة من الثماني واقوى منه ليلتها من ست عشرة **قوله** لو بات
عند الحرة ليلتين فاعتقت الامة ورضيت بالعقد كان لها ليلتان لانها صادفت محل الاستحقاق ولو بات عند الحرة ليلتين ثم
بات عند الامة ليلة ثم اعتقت قبل استيفاء الحرة لم [illegible] اذا طرأ العتق على الامة في اثناء الدور فلا يخ اما ان يكون قد ابتدأ في القسم
بالحرة او بها فهنا اقسام الاول ان يكون البداءة بالحرة فاما ان يعتق الامة في نوبة الحرة او في نوبة نفسها فان اعتقت في نوبة الحرة
نظرنا وان اعتقت في العدد المشترك بين الحرة والامة بان اعتقت في الليلة الاولى تمم الليلة وبات الليلة الاخرى عند المعتقة
وساوى بينهما وان اعتقت في الليلة الثانية لم يلزمه الخروج بل يكمل الليلة عند الحرة ثم يبيت عند المعتقة ليلتين ايضا وان اعتقت
في نوبة نفسها نظرنا ان اعتقت قبل تمام ليلتها اكمل لها ليلتين لانها التحقت بالحرة قبل توفية حقها وان اعتقت بعد كمال ليلتها

استحق اكمال الليلتين واقتصر في ذلك الدور على ليلة ثم سوى بينهما بعد ذلك لان عتقها صادف تمام حقها وبناء القسم
منه وعدم القصور فقد تقدم البحث فيها في نكاح المشركات وهل العتق في يومها كالعتق في ليلتها بناء على ان القسمة هل يختص بالليل
ام يضاف اليها النهار ام الصبيحة والاقوى انه لا يلحق بالليلة مطلقا الثاني ان يكون البداءة بالامة فان اعتقت في ليلتها صارت
كالحرة فيسوي بينهما وان اعتقت بعد تمام ليلتها حتى الحاقها في هذا الدور بالحرة قولان احدهما الحاقها لانها ان كان العتق
قبل الشروع في نوبة الحرة او بعده الى آخر الليلة الاولى اقتصر عليها وان كان بعد الشروع في الليلة الثانية قضى للامة
ليلة اخرى لانها ساوت الحرة بعد تمام نوبتها فيسوي بينهما وهذا قول الشيخ في ط والثاني انه يبيت عند الحرة ليلتين ولا
شيء للمعتقة في هذا الدور سوى الليلة لانها استوفت حقها قبل ان تعتق فلا يجب لها شيء بل يبتدئ بالقسمة بعد توفية
الحرة حقها وهذا اقوى والضابط على هذا ان الامة متى اعتقت بعد استيفاء حقها من النوبة فلا شيء لها واعطيت الحرة حقها
كاملا سواء كانت نوبتها متقدمة ام متأخرة ومتى اعتقت قبل تمام نوبتها اكمل لها نصيب الحرة **قوله** ولا قسمة للموطوءة بالملك
واحدة كانت او اكثر هذا الحكم محل وفاق فله ان يعتدهن بتخصيص من شاء منهن بالمبيت او لم يكن له زوجة
او كان وفضل له من الدور شيء فيصرف الى الامة وبالجملة فحكمهن في القسمة حكم المعدومات فلو كان له زوجة واحدة
ولم يجب القسمة لها من كل اربع كان مبيته عند الامة داخلا في الثلاث الخارجة عن الزوجة ومبيته عند **قوله** وله ان يطوف
على الزوجات في بيوتهن وان يستدعيهن اذا لم يتفرد الزوج بمسكن ودار عليهن في مساكنهن فذاك وان انفرد به فيمكن تخيره بين المضي
اليهن وبين ان يدعوهن الى منزله في نوبتهن لان تعيين المسكن يرجع اليه كما له نقلهن من مسكن الى آخر والاول افضل تأسيا
بالنبي ص فقد كان يطوف على نسائه في مساكنهن وله ان يدعو بعضهن ويمضي الى مسكن بعضهن لما ذكرناه من العلة و
منع بعضهم من هذا القسم لما فيه من التخصيص والخروج عن العدل ولو كان له عذر في ذلك جاز اتفاقا كما لو كان مسكن
احديهما اقرب اليه فمضى اليها ودعى الاخرى ليخفف عن نفسه مؤنة السير اليها او حضر بيتها الشابة كراهة الخروج
ودعى العجوز وحيث تمتنع المدعوة مع قدرتها على الاجابة فهي ناشزة تسقط نفقتها وقسمها **قوله** ويختص البكر عند
الدخول بسبع ليال والثيب بثلث ولا يقضي ذلك من اسباب تفضيل بعض الزوجات على بعض تجدد النكاح فانه يقتضي
تخصيص الجديدة بزيادة مبيت عند الزفاف وهي سبع ليال ان كانت بكرا او ثلاث ان كانت ثيبا والمقصود منه ان يرتفع
الحشمة ويحصل الالفة والانس وخصت البكر بزيادة لان حياءها اكثر والاصل فيه ما روي عن النبي ص انه قال
للبكر سبعة ايام وللثيب ثلاثا ثم يعود الى نسائه وانه لما تزوج ام سلمة اقام عندها ثلاثة ايام ومن طريق الاصحاب
رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأة وعنده امرأة فقال ان كانت بكرا فليبت عندها سبعا وان
كانت ثيبا فثلاثا وهذا مذهب الشيخ في ية وكثير وفي الحديث ان اختصاص البكر بالسبع على وجه الاستحباب اما الثيب فاختلف
كالثيب في ايام في رواية محمد ورواية الحلبي عن ابي عبد الله ع قال اذا تزوج الرجل بكرا وعنده ثيب فله ان يفضل البكر
ثلاثة ايام وفي رواية الحسن بن زياد [illegible] وقال ابن الجنيد اذا دخل ببكر وعنده ثيب واحدة فله
ان يقيم عند البكر اول ما يدخل بها سبعا ثم يقسم وان كان عنده ثلث ثيب اقام عند البكر ثلثا حق الدخول فان شاء
ان يسلمها من يوم الى اربعة يقيم سبعة ويقيم عند كل واحدة من نسائه مثل ذلك ثم يقسم لهن جميعا والثيبة اذا تزوجها
فله ان يقيم عندها ثلثا حق الدخول ثم يقسم لها ولمن عنده واحدة كانت او ثلثا قسمة متساوية انتهى كلامه وهذا حكم
اشارة الى جمع آخر بين الروايات غير ما ذكره الشيخ بحمل خبر السبع للبكر على تقديمها بذلك من جهة اختصاص واختيار الثلث

على التقديم والاختصاص قريب منه ما ذكره العلامة في ذلك الا انهم خصوا هذا الحكم بالثيب استنادا الى ما روي عن النبي ص
انه لما اقام عند ام سلمة رضي الله عنها قال لها انه ليس بك هوان على اهلك ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت
ثلثت عندك ودرت قالت ثلث فقال ثلثها خالصة والاشهر بين الاصحاب القول الاول بل لم ينقلوا فيه خلافا اذا
تقرر ذلك فنقول هذا الحق والقسمة هل هو ثابت لها على جهة القسمة لا على جهة الاستحقاق المطلق فيأتي فيه الخلاف
السابق في وجوبها ابتداء او مقيدا بالبداءة باحدى الزوجات فيما لو لم يكن عنده غير الجديدة فلا يختص على الثاني بل يكون حقا
مبتدأ في الطبع و[illegible] يحتمل وجوب ذلك اختصاصا او تقديما مطلقا وان لم نوجب القسمة والاول اظهر ومحل التخصيص الليل كما في
القسمة وهو اللائح من تأنيث الثلث والسبع في النصوص واما النهار فتابع لليل كما ذكر في القسمة ويجوز [illegible]
ذلك تفسير على خلاف ابن الجنيد [illegible] على بعض الوجوه [illegible] على بعض الوجوه ايضا وقد
اشرنا الى بعضه والمطلق المنقول يقتضي عدم الفرق في الثيب بين من ذهبت بكارتها بجماع وغيره ولا بين كون الجماع حلالا
ومحرما عملا بالعموم والعلامة جزم بالحاق من ذهبت بكارتها بغير الجماع بالبكر لما وانها الحالي في الحكم بعد الاستنطاق في النكاح
وبقي في المسألة مباحث الاول يجب التوالي في السبع لان الغرض لا يتم الا به ويتحقق بعدم خروجه في الليل الى عند غيرها من
نسائه مطلقا على حد ما يعتبر في القسمة ولا الى غيرها الا لضرورة او طاعة كصلاة جماعة ونحوها مما لا يطول زمانه وان كان
طاعة لان المقام عندها واجب فلا يمنع المندوب ولو فرق الليالي لنسائه ففي الاحتساب به وجهان من امتثال الامر بالعدد
وامكان ذلك بتقريب القضاء ومن اشتمال التوالي على غاية لا تحصل بدونه كالانس وارتفاع الحشمة والحياء الثاني لا فرق
في الزوجة هنا بين الحرة والامة المسلمة والكتابية حيث يجوز ابتداء تزويجها عملا بالعموم ولان المقصود لك يتعلق
بالطبع وهو لا يختلف بالرق والحرية ولا بالاسلام والكفر كما يشترك الجميع في مدة العنة والايلاء وقيل تشطر الامة ما تستحق
الحرة كالقسم في دوام النكاح وعلى هذا [illegible] في كيفية التشطير وجهان احدهما ان يكمل المنكسر فيبيت للبكر اربع
ليال وللثيب ليلتان واصحهما ان للبكر ثلث ليال ونصفا وللثيب ليلة ونصفا لان المدة قابلة للتنصيف فيخرج عند
انتصاف الليل الى بيت منفرد او مسجد وبعضهم [illegible] والرقية حالة الزفاف [illegible] فصارت حرة فلها
حق الحراير على القولين وان اعتقت في اثناء [illegible] حق الحراير [illegible] وقد سبق نظيره في
نكاح المشركات اذا ابدل الرق بالحرية الثالث لو نكح جديدة ثم طلقها ثم راجعها لم يعد حق الزفاف لانها باقية على
النكاح الاول وحقها ولو طلقها بعد ذلك كان طلاق بعد دخولها [illegible] العدة [illegible] بعد الرجعة ولو ابانها ثم جدد
نكاحها والحقي في العدة والاصح تجديد الحق لعود الجهة بالفراق المبين ويحتمل عود الاول ومثله ما لو اعتق مستولدته او
الموطوءة فراشا ثم نكحها ولو كان قد ابانها قبل ان يوفيها حقها ثم جدد نكاحها لم توفيه لانه ظلم بالطلاق وعلى هذا لو اقام
عند البكر ثلثا وافتضها ثم ابانها ثم نكحها وجب ان يبيت عندها ثلثا حق زفاف الثيب ولو قلنا بعود الاول يجب ان
يبيت عندها اربعا الرابع حق الزفاف في النكاح الثاني هل انه مبني على النكاح الاول وقد يتوهمه هذا القول الرابع
[illegible] ان للجديدة حق الاختصاص بالعدد المذكور والتقديم به على غيرها فان زفت اليه بعد تمام الدور حصل لها الاختصاص
وكذا لو تزوجها على واحدة ولو كان عنده امرأتان فزفت اليه جديدة بعد ما قسم لاحديهما دون الاخرى قضى حق الزفاف
وتحقق هنا الاختصاص والتقديم ثم قسم للقديمة الاخرى واعطى الجديدة نصف ما للقديمة لا استحقاقها ثلث القسم
فان كان قد قسم للاولى ليلة وفي الاخرى وتعين حق الزفاف فليلة وبات عند الجديدة نصف ليلة وخرج بقية الليل الى [illegible]

[illegible] ثم استأنف القسم بينهن على السوية ولو قسم للاولى خمس عشرة ثم تزوج بكرا خصها بسبع ثم قسم ثلث للقديمة ونصف
للجديدة خمسة ادوار والخامسة لو تزوج في اثناء القسم ظلم بقي لها حق [illegible] فالاولى تقديم الجديدة ويتخلص
من مظلمة المتأخرة على الوجه الذي ذكرناه **قوله** ولو سبق ليلتين زوجتان او زوجات في ليلة قيل يبتدئ بمن شاء
قد تقدم البحث في هذه المسألة وانما اعادها المصنف هنا على اشتراك الجديدات في الاختصاص والتقديم على غيرهن من
القديمات والاولى تعيين البداءة بواحدة بالقرعة او التخيير اعم من ان يكون معهن غيرهن ام لا وانما يبتدئ بمن شاء [illegible]
بينهن ويوفي كل منهن دفعة واحدة فلو ترتيب بينها بالسابقة [illegible] دفعة واحدة وحيث يخرج القرعة لاحديهن
قدمها بجميع السبع او الثلث ويحتمل تقديمها بليلة ثم يبيت عند الاخرى ليلة وهكذا يفعل الى تمام المدة والاقوى الاول ويحتمل
تخييره بين الامرين [illegible] التخصيص الاخرى بليلتين او ثلث ثم الثانية الى ان يكمل العدد والحكم في استحباب القرعة وجواز
التخيير كما سبق **قوله** وتسقط القسمة بالسفر وقيل يقضي سفر النقلة والاقامة دون سفر الغيبة اذا اراد الزوج السفر
واحب استصحاب بعض زوجاته دون بعض جاز فقد كان النبي ص يفعل ذلك فاذا اصحب بعضهن فلا قضاء للمتخلفات عن مدة صحبة
المسافرة معه لان النبي ص لم ينقل انه كان يقضي للمتخلفات ولو وقع لاشتهر ان ينقل مع ذكر سفره ومن خرج اسمها [illegible]
الروايات انه لم يكن يقضي صريحا [illegible] المسافرة وان حصلت بصحبة الزوج فقد تعبت بالسفر ومشاقه لم يحصل للمقيمات فلو
قضى لهن كان حظهن اوفر وهو خلاف العدل [illegible] بعضهم في عدم القضاء ان تعين الخارجة بالقرعة فلو
اخرجها بمجرد التخيير والميل قضى لان النبي ص ما كان يخرج معه واحدة الا بالقرعة ومن ثم لم يقض خلافا لما اخرجها بالتشهي لانه
ميل وظلم بالتفضيل ولم يشترط ذلك المص لان السفر لا حق للنساء فيه ومن ثم جاز انفراده وفيه الفرق بين الامرين وقيل
تقييد عدم القضاء مطلقا او مقيدا بالقرعة هل يعم كل سفر او يختص بسفر الغيبة قولان احدهما واختاره المص العموم لما ذكرناه
من ان السفر لا حق لهن فيه ولا خصوصية لسفر على سفر ولان الاشتغال بمشقة السفر وعنائه يمنع من حقوق القسمة وخلوص
العشرة والتدبر بالخلوة التي هي غاية القسمة والثاني الاختصاص بسفر الغيبة كالسفر للتجارة او غيرها من الاغراض مع عدم
العود عنده فقضاء الوطر فيقضي بسفر النقلة وهو الذي يخرج على نية الانتقال الى بلد آخر والفرق ان سفر النقلة لا يختص
ببعضهن بل يحتاج الى نقلهن جميعا فلا يختص واحدة بالاستصحاب [illegible] بعضهن فيقضي للمتخلفات [illegible]
اذ لا حق لهن فيه و[illegible] في حكم سفر النقلة الاقامة في سفر الغيبة بحيث يخرج عن اسم المسافر بالتمام او ما في معناه لانه
بالاقامة على ذلك الوجه يصير كالحاضر في تمتع بالرفقة والخروج عن مشقة السفر وهو في الحقيقة تفصيل والفرق
بين اخراجها معه هنا بالقرعة وعدمها فيقضي في الثاني دون الاول كالاول وفي [illegible] على نقل القولين ولم يرجح
شيئا لكنه جزم بان من اخرجها بالقرعة لا قضاء للباقيات وتردد في الفرق بين سفر النقلة وغيره والاقوى عدم
قضاء ايام السفر مطلقا وقضاء ايام الاقامة مط **قوله** ويستحب ان يقرع بينهن اذا اراد استصحاب بعضهن للخروج
التأسي بالنبي ص فانه اذا كان اراد سفرا اقرع بين نسائه فايتهن خرج اسمها اخرجها وكيفية القرعة ان يكتب اسماء
النسوة في رقاع بعددهن ويدرجها في بنادق متساوية ويضعها على وجه لا تتميز ويخرج منها واحدة على اسم السفر
فمن خرج اسمها صحبها وان اراد استصحاب اثنتين معا خرج رقعة اخرى وهكذا ويجوز على هذا الحال الاقتصار على رقعتين
ويكتب في كل رقعة اسم اثنتين اذا رضي باستصحاب كل واحدة من الاثنتين والاول اعدل ويجوز ان يخرج اسما سفر وقيل

في التعيين وهو لا يحصل الا بالقرعة المشروعة ولو اثبت الحضر في رقاع والسفر في واحدة وادرجها ثم يخرج رقعة على اسم واحدة
فان خرجت رقعة السفر استصحبها وان خرجت رقعة من رقاع الحضر اخرج رقعة اخرى على اسم الاخرى وهكذا حتى يبقى
رقعة السفر حتى تتعين المتخلفة ولو اراد السفر باثنتين اثبت السفر في رقعتين والحضر في رقعتين اذا اتفق ذلك
اخرجت القرعة واحدة او اكثر حيث يريد لم يجب عليه ان يستصحب الا من [illegible] بمعنى جواز ان يخلفها مع المتخلفات ولكن هل يجوز تركها
واستصحاب غيرها قال الشيخ في ط لا [illegible] فانه تعينها وقيل يجوز لانها انما تتعين للحرمان لا ان الاستصحاب [illegible] اذ الزمان لا
تستحق فيه الزوجات القسم وفائدة القرعة دفع التهمة عن قلوب المتخلفات حيث لم يصحبها بمجرد الميل والهوى وذلك على وجه
الافضلية اذ لم يثبت ما يدل على خلافه والفرق بين تركها مع المتخلفات وتركها مع اخذ غيرها [illegible] الاول اجماعا وعدمه
ان القرعة لا توجب الحق وانما تعين من يستحق التقديم على تقدير ارادته ولا ريب ان مراعاة القرعة اولى قوله ولا تتوقف قسمة
الامة على اذن المالك لانه لا حظ فيه اذا زوج المولى الامة وجب تسليمها الى الزوج ليلا [illegible] واستخدامها نهارا و
ليس له في حق القسمة امر لان الغرض منه الاستمتاع والانس ولا حظ فيه فاذا طلبت حقها ليس للمولى منعها منه ولا منعها من
اسقاطه لو ارادته او وهبته لبعض ضراتها كما ليس له فسخ النكاح لو رضيت بعيب [illegible] لان ذلك حظها [illegible] هذا
لا كلام فيه لكن هل يتوقف وجوب القسمة لها على وجوب نفقتها كالحرة [illegible] من جملة الحقوق المترتبة على التمكين
[illegible] مع النفقة في الحرة وجودا وعدما [illegible] وجوب نفقة الامة على الزوج يتوقف على تسليمها اليه نهارا وهو غير واجب
على المولى فلا يكون حكمها كالناشز بل كالمسافرة [illegible] قال الشيخ في ط النفقة والقسم شيء واحد فكل امرأة لها النفقة
فلها القسمة وكل من لا نفقة لها لا قسم لها وهذا يقتضي عدم وجوب القسم للامة مع تسليم المولى لها نهارا لسقوط نفقتها
ح وان كان ذلك غير واجب على المولى ولعله الوجه قوله ويستحب التسوية بين الزوجات في الانفاق واطلاق الوجه والجماع
الواجب التسوية بينهن في القسمة حيث لا [illegible] واما الانفاق فعليهن بقدر الكفاية على ما سبق واما التسوية بينهن في النفقة
وحسن العشرة والجماع ونحوها فانه غير واجب للاصل وقوله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا
تميلوا كل الميل ومثل هذا ميل وليس كل الميل لكنه يستحب استحبابا مؤكدا لما فيه من رعاية العدل وتمام الانصاف و
روى عبد الملك بن عتبة الهاشمي قال سالت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون له امرأتان يريد ان يؤثر احدهما بالكسوة
والعطية ايصلح ذلك قال لا باس بذلك واجتهد في العدل بينهما وقد روي في العدل ان النبي صلى الله عليه وآله [illegible] مع عدم وجوبه
كما سبق انه كان اذا قسم بينهن لا ينتهي الى المرأة الاولى الى تسع لكن يجمعهن كل ليلة في بيت التي يأتيها وكان [illegible]
عليهن فيدنو ويلمس من غير مسيس حتى يفضي الى التي هي نوبتها فيبيت عندها وروي ان عليا عليه السلام [illegible] كان
له امرأتان فاذا كان يوم واحدة فلا يتوضأ عند الاخرى قوله ولو كان [illegible] كل ليلة عند صاحبتها [illegible] تقدم
ورواه ابراهيم الكرخي عن ابي عبد الله عليه السلام وذهب بعض الاصحاب الى وجوبه [illegible] من الاستحباب قوله وان ياذن لها في حضور
موت ابيها وامها وان منعها من عيادة ابيها وامها ومن الخروج من منزله [illegible] من الاستمتاع
واجب عليها [illegible] ومنه الخروج من بيته ولو الى بيت اهلها
وعيادتهم [illegible] ان غاية ذلك الاستحباب [illegible] روى عبد الله بن سنان عن
ابي عبد الله عليه السلام قال ان رجلا من الانصار على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله خرج في بعض حوائجه فعهد الى امرأته ان لا تخرج من بيتها

حتى يقدم

٣٦١

حتى يقدم وان اباها مرض فبعثت المرأة الى النبي صلى الله عليه وآله تستأذنه ان تعوده فقال لا اجلسي في بيتك واطيعي زوجك قال
فثقل فارسلت اليه ثانيا فقال اجلسي في بيتك واطيعي زوجك قال فمات ابوها فبعثت اليه ان ابي قد مات فتأمرني ان اصلي عليه فقال لا اجلسي في بيتك واطيعي زوجك قال فدفن الرجل فبعث اليها
رسول الله صلى الله عليه وآله ان الله قد غفر لك ولابيك بطاعتك لزوجك وروى العامة عن ثابت البناني عن انس مثله ومع ذلك
فيستحب للرجل ان لا يضيق عليها في ذلك وان ياذن لها في زيارة اهلها وعيادة مرضاهم وحضور ميتهم ونحو ذلك لئلا
يؤدي الى الوحشة وقطيعة الرحم قوله القسم حق مشترك بين الزوج والزوجة لاشتراك ثمرته الخ الحكم باشتراك الحق في القسم
بين الزوجين لا يتم على ما ذهب اليه المص سابقا من عدم وجوب القسمة على الزوج الا ان يبتدئ بها فانه مبني على اختصاص
حقه بالزوج والقائل بوجوب القسمة مط [illegible] للزوجة الواحدة من كل اربع [illegible] الاربع ولعل المص يريد بالحق
الاعم من الواجب اذ لا شبهة في اشتراك ثمرته وانما الكلام في اشتراك الحق [illegible]
فلا بد من [illegible] وليدخل حق الزوج فيه [illegible] ان يريد القدر المشترك بين الواجب وغيره وهو
الراجح مط وعلى كل تقدير يتفرع عليه انه لو اسقطت حقها منه [illegible] بكونه حقا للزوج فلم يجز لها اسقاط نصيبها من القسم
الا برضاه ويحصل المطابقة بين الحكمين قوله ولها ان تهب ليلتها للزوج او لبعضهن مع رضاه فان وهبت للزوج
وضعها حيث شاء وان وهبتها للكل وجب قسمتها عليهن وان وهبتها البعض اختصت بالموهوبة وكذا لو وهبت ثلث منهن
[illegible] اذا اسقطت واحدة من زوجاته [illegible] حقها من القسم لم يجب على الزوج القبول سواء جعلنا [illegible]
[illegible] كان الاستمتاع بها حق له في الجملة فله ان يبيت عندها في نوبتها وان رضي بالاسقاط [illegible] وان وهبت من غيره
يعني بات عند الموهوبة ليلتين ليلتها وليلة الواهبة [illegible] والاصل في ذلك ان سودة بنت زمعة لما كبرت
وهبت نوبتها لعائشة وكان النبي يقسم لها يوم سودة ثم ان كانت نوبة الواهبة متصلة بنوبة الموهوبة بات عندها
الليلتين على الولاء وان كانت منفصلة عنها فالاصح وجوب مراعاة النوبة فيها لان حق من بين الليلتين سابق فلا يجوز تاخيره
ولان الواهبة [illegible] ليلتها قد ترجع بين الليلتين والموالاة تفوت حق الرجوع عليها وان وهبت حقها من الزوج فله
وضعه حيث شاء وعلى هذا [illegible] في ليلة الواهبة وليلة التي يريد تخصيصها اهما متواليتان ام لا ويكون الحكم على ما سبق وان
وهبت حقها من جميعهن وجب القسمة بين الباقيات وصارت الواهبة كالمعدومة [illegible] ما لو اسقطت حقها [illegible]
القسمة ابتداء والا لم يتم تنزيلها كالمعدومة على تقدير الهبة لهن لاشتراكهن ح في تمام الدور وهو الاربع [illegible]
فضلت لها ليلة والوجه على هذا القول ان يجعل الدور [illegible] مادامت الواهبة [illegible] للقسم ويتفرع على ذلك ما لو طلقت
او نشزت فان حكم ليلتها يسقط [illegible] كالمعدومة محضا فلو كانت الموهوبة معينة [illegible] على ليلتها [illegible]
[illegible] واعلم انه لا يشترط في هذه الهبة رضاء الموهوبة وقبولها حيث تكون معينة بل يكفي قبول الزوج لان الحق مختص به
ولو وهبت الجميع لواحدة [illegible] فيها ولزم مبيت الاربع عندها [illegible] على تقدير القول بوجوب القسمة دائما والا
فتنزل ح منزلة الزوجة الواحدة بل بمنزلة الاربع وعلى القول الاخر يجب عليه كمال الدور لها حيث ابتدأ [illegible] ويسقط بعد ذلك
الى ان يبتدئ به فيجب عليه كمال الاربع لها وهكذا يجري عليه ايضا [illegible] الدور الواجب
اذا وهبت ورضي الزوج صح ولو رجعت كان لها ذلك [illegible] ان رضا الزوج معتبر لان حق الاستمتاع له وهذه
الهبة في معنى اسقاط الحق [illegible] وانما الكلام [illegible] اما

المستقبل فلها [illegible] الهبة لانه يتجدد ولا يكون [illegible] فلها الرجوع فيه حتى لو رجعت في اثناء الليل وعلم به خرج من عند الموهوبة
والماضي فلا يؤثر الرجوع فيه [illegible] كالهبة المقبوضة وكذا ما فات قبل علم الزوج بالرجوع لا يؤثر فيه ولا يقضي لعدم [illegible]
تقصيره حيث لم يعلم وفي المسالة وجه انه يقضي [illegible] قبل العزل بالعزل والحق الاول قوله لو التمست عوضا
عن ليلتها فبذله الزوج هل يلزم قيل لا [illegible] جواز المعاوضة على هذا الحق [illegible] للشيخ في ط محتجا
بان العوض يكون في مقابلة عين او منفعة وهذا ليس عينا ولا منفعة وانما هو ماوى وسكنى فلا تصح المعاوضة عليه بالمال
[illegible]
على حق الشفعة والتحجير ونحوهما من الحقوق مع انه روى علي بن جعفر عن اخيه [illegible]
قال سألته عن رجل له امرأتان قالت احداهما ليلتي ويومي لك يوما او شهرا او ما كان ايجوز ذلك قال اذا طابت نفسها واشترى
ذلك منها فلا باس [illegible]
الجملة وحيث لا تصح المعاوضة يجب عليها رد العوض ان كانت قبضته ويجب القضاء لها ان كانت ليلتها قد فاتت [illegible]
العوض هنا مع جهلها بالفساد او علمها وبقاء العين والا اشكل الرجوع [illegible] حيث يعلم انه لا يسلم له
كما في البيع الفاسد مع علمها بالفساد قوله لا قسمة للصغيرة ولا المجنونة المطبقة ولا الناشزة الخ لما كانت القسمة من جملة
حقوق الزوجية وهي بمنزلة النفقة على الزوجة فمن لا تستحق النفقة لصغر او نشوز فلا قسمة لها واما المجنونة فان كان جنونها مطبقا
فلا قسمة لها [illegible]
الاوقات فهي كالعاقلة في وجوب القسمة كذا اطلقه المص وجماعة والاولى تقييد المطبقة [illegible] ولم يكن لها
شعور بالانس والا لم يسقط حقها منها واما المسافرة فان كانت سفرها بغير اذنه [illegible] ولا ضرورة فلا قسمة لها لانها
ناشزة وان كان واجبا مضيقا كالحج الواجب بالاصل والنذر المعين [illegible]
القضاء لها بعد الرجوع ولو كان باذنه في غرضها [illegible] الواجب الموسع فوجهان [illegible]
[illegible]
[illegible]
العلامة في [illegible] والثاني [illegible] قوله [illegible]
ليلة [illegible] ولو كانت مريضة جاز له عيادتها [illegible] لان محل استحقاق القسمة هو الليل فلا يجوز صرف شيء منه الى غيرها الا بما
جرت به العادة [illegible]
[illegible] من التخصيص المنافي للعدل الا ان يكون مريضة فيجوز عيادتها [illegible] العيادة كما يجوز عيادة الاجنبي و
[illegible]
يجب عليه قضاؤه [illegible] وان استوعب الليلة في غير العيادة فلا شبهة في القضاء
[illegible]
[illegible] والاول اقوى [illegible]
[illegible] صاحبة النوبة

اولاعقل لو

لغير عيادة

٣٦٢

لغير عيادة فان كان عند الضرة وجب قضاؤه [illegible]
[illegible] قوله ولو دخل [illegible]
ثم عاد الى صاحبة الليلة لم يقض الوقت [illegible] لما كان المعتبر في القسمة المضاجعة لا المواقعة [illegible]
الضرة لم يجب عليه قضاء الجماع لها لانه لم يدخل في حق القسمة واما زمانه فان طال وجب قضاؤه من ليلة المجامعة والا فلا
خاصة [illegible] ليحصل العدل
لم يكن الجماع واجبا في نفسه قوله لو جار في القسمة قضى لمن اخل بليلتها [illegible] يجب القضاء [illegible]
فاخل بليلتها [illegible] المظلوم [illegible] بفضل له من الدور فضل يقضي به فلو كان عنده
اربع فظلم بعضهن في ليلتها فان [illegible] المبيت عندها وعندهن لم يمكنه القضاء لاستيعاب الوقت الحق على القول
بوجوب القسمة دائما فيبقى في ذمته الى ان يطلق واحدة منهن او تنشز او تموت [illegible] الزمان ما يمكنه فيه القضاء
ولو كان ظلمها بالمبيت عندهن فان جعل لياليها الواجبة معينة قضاها من دورها وان ساوى بينهن واسقط المظلومة من
راس قضى لها من الزمان [illegible] متواليا الى ان يتم لها حقها ثم يرجع الى العدل ولو لم يبق المظلومة [illegible]
بموت او غيره ثم تزوج [illegible] فلا يمكن رفع الظلم الا بالظلم
[illegible]
الجديدة [illegible] الى ان يكمل حقها ثم يرجع الى العدل بينهن مثاله كان معه ثلاث نسوة [illegible]
عند اثنتين عشرين ليلة [illegible] ليلة الى تمام العشرة [illegible]
عشر ليال [illegible]
[illegible] تقدم قضاء العشر لانه ظلم على الجديدة بل
[illegible] ثم يقسم [illegible] بينها وبين المظلومة فيجعل لها الليلة وللمظلومة ليلتها وليلتي اللتين
ظلمها بسببها [illegible] الليلة فان كان قد بدأ بالمظلومة بات بعد ذلك ليلة عند الجديدة
[illegible] القسم ثم ليلة عند المظلومة لتمام العشرة ويبيت عند الجديدة بهذه الليلة ثلث ليلة لان حقها واحدة من اربع فاذا كمل لها
ثلث ليلة خرج في باقي الليل الى مسجد او بيت صديق او مسكن خال عن زوجاته ثم يستأنف القسم للاربع بالعدل [illegible]
قد بدأ بالجديدة فاذا تمت التسع للمظلومة بات ثلث ليلة عند الجديدة وخرج باقي الليلة كما وصفناه ثم بات ليلة عند المظلومة
ثم قسم بين الكل بالسوية [illegible] حكم الجديدة ما لو كانت واحدة من الاربع غائبة فظلم واحدة من الحاضرات بالاخريين و
حضرت الغائبة [illegible] حق المظلومة مع رعاية جانب التي حضرت فيقسم لها ليلة وللمظلومة ثلثا وان احتيج الى تبعيض
الليلة فيكون كما وصفناه وقد يحتاج الى التبعيض بغير الظلم كما لو كان يقسم بين نساء فخرج في نوبة واحدة [illegible]
ولم يعد وعاد بعد وقت طويل فيقضي لها من الليلة التي بعدها مثل ما خرج ويخرج باقي الليل الى المسجد او نحوه كما ذكرناه
ويستثنى من الخروج ما اذا خاف اللص والعسس لو خرج او لم يكن في داره مكان منفرد [illegible] للاقامة بقية الليل [illegible]
الاقامة والاولى ان لا يستمتع بها [illegible] زمان القضاء قوله ولو كان له اربع فنشزت واحدة ثم قسم [illegible]
[illegible] اذا كان للرجل اربع زوجات فنشزت واحدة منهن سقط حقها من القسم ووجب عليه القسم للثلاث الباقيات

على الطاعة فان قسم عليهن ليلة ليلة تحصل لمن لها ليلة وهي حق المباشرة ببضعه لمجيئها، وان جعل القسم اكثر من ليلة
استوعبت والقسمة او زاد عليه اصل النسوة المقصدات ان يكن اثنتين فاذا حصل القسم بينهن ليلتين ليلتين آخر
حقها الاول فيسقط حقها من الزائد لانها استقط بسبب حيث لخذا الزيادة وهي تبقا آخر بقية ما بقي له من الدور ففي
المسئلة بقي له ليلة من الاربع فيكون له ربع القسم بمنزلة واحدة منهن فاذا قسم لكل واحدة عشرا كان له بعد قضاء
حقوقهن عشر فظ مذهب الاصحاب في هذه المسئلة ونظائرها هو الاول وبه الحليه ان يثبت حقه معهن وتفضيل بعضهن
على بعض على حكمة الاصل او الدلائل العامة من وجوب العدل والتسوية بينهن يدل على خلافه فيقتصر فيه على مورد النص وهو
ثبوت حقه في الزائد عن عددهن في الاربع على تقدير ان يقسم بينهن ليلة ليلة على ما في الرواية الدالة عليه من ضعف السند
ولولا ظهور اتفاق الاصحاب عليه لاشكل اثباته بالنص ومخالفة العقلاء من غير انحصار على خلافه وانه متى قسم لواحدة عددا
وجب ان يقسم للاخرى مثلها مع تساويهما في الحكم وانما تظهر فائدة الخلاف على القول بوجوب القسمة دائما اما على القول
بوجوبها مع الابتداء بها خاصة وجواز الاعراض بعد ذلك فالامر سهل لانه اذا اوفاهن العدد الذي جعله لهن جاز له
الاعراض عنهن على هذا القول سواء كان له حق في المدة ام لا ويحتمل تفريعا على الرواية ان يكون له من المدة نسبة حقه من الاربع
اذا انفرد ذلك فنقول في المسئلة المفروضة لو تزوج واحدة من الاربع واراد القسم بين الثلث واحتاج الى ان يقسم لكل واحدة
خمس عشرة ليلة واتفق معهن على ذلك فوفى اثنتين العدد المذكور وبقي واحدة ثم اطاعت الرابعة فليس لها حظ في حق من
مضى لانها كانت عاصية لا تستحق القسمة لكن لها حق القسمة في المستقبلة وعليه ان يوفي الثالثة المطيعة خمس عشرة مثل
صاحبتيها ولا يمكن جعلها ولا بغير رضا الرابعة التي عادت طاعتها المشاركة لها في استحقاق القسم فح لكلها واحدة من اربع
فلها ربع القسم من حين الطاعة وباقي الدور وهو ثلث ليال يجب صرفه الى الثالثة وهو حقها وحق السابقتين كما اخذنا
حقهما من الليالي ان خصصنا بها وح فطريق التخلص من حق المتاخرين ان يبيت عند الثالثة ثلث ليال وعند الرابعة ليلة وهكذا
خمسة ادوار فيتم للثالثة حقها وهو خمسة عشر ليلة ويحصل للرابعة خمس ليال هي ربع الدور الخمسة وحصول الخمس لها بطريق
الاتفاق بتبع الحصول الخمس عشرة للثالثة ولما الخمس عشرة فهي المقصود بالذات ثم يستانف القسم للجميع بالسوية هكذا اطلق المص
قبله الشيخ في ط فرض المسئلة بعينه في كتبه فقال الاصحاب مع سقوط حق الزوج من القسمة كما بيناه ولو قلنا بعدم سقوطه
امكن فرض حقه من المدة الماضية التي فضل له منها حصة وهي الثلث التي قسمها للاثنتين قبل طاعة الرابعة فيكون له منها
سبع ليال ونصف فيستوفيها بعد انقضاء الدور للجميع ان قلنا بوجوب القسمة دائما والا فاعراضه حينئذ جائز مطلقا كما بيناه وهذا
الاحتمال لا ينافي فرض المص لان قوله قسم خمس عشرة يدل على ارادة ذلك العدد لكل واحدة من حيث لا ليشرك لهما ليلا قوله
قسم او حقه في الدور لا يدخل في القسمة وان خص به واحدة وتقويته ذلك قوله وجب ان يوفي الثالثة خمس عشرة فانه لو كان له شيء
للخمس عشرة شركه لما وجب ان يوفي الثالثة خمس عشرة تمام الخمس عشرة بل كان له ان يقول لها من الخمس عشرة ربعها فلا يجب للثالثة الا
مقدار ثلثة ارباع والرابعة ربع منه فيسقط هذا الاحتمال ان يجعل الخمس عشرة مشتركة وقوله بعد ذلك ثم يستانف الحق ثم
يستانف شيء ايضا بانه لا حق له بعد ذلك والتنبيه عليه وحمله على القاعدة السابقة بعيدا وليس فيها ما يدل على مثل
ذلك وهذا البحث يجري في قضاء القسمة المطلوبة في المسئلة الثانية في مواضع كثيرة قد تعقبها في الكتاب بعضا قوله
لو طاف على ثلث وطلق الرابعة بعد دخول ليلتها ثم تزوجها اثم لها الحاق بها قضاء تلك الليلة وغيرها ودينا من سقوط حقها

بزوجها عن الزوجية حق القسمة على الزوج من الامور الواجبة في الجملة اما بعد الشروع فيه او مطلقا فاذا كان له زوجات فاعلاه
قسم لواحدة ثم دخلت نوبة الاخرى حرم عليه طلاقها قبل ان يوفيها حقها من القسم لاستلزام الطلاق تفويت الواجب فيكون
محرما لامر خارج عن حقيقة الطلاق فلا يبطل به كالبيع وقت النداء يوم الجمعة ولان النهي في غير العبادات لا يقتضي
الفساد كما حقق في الاصول واحتمال البطلان في البيع وقت النداء هنا ولا فرق في ذلك بين كون المطلقة بعد حقها في بيتها او
غيرها لاشتراك الجميع في المقتضي وذكر المص الرابعة تبعا للشيخ بحرد تمثيل وربما قيل ان السر في ذكر الرابعة ان نوبة غيرها
لا يتحقق الا بالقرعة بخلاف الرابعة وفيه مع تسليم التوقف على القرعة لا يتم الا في الدور الاول اما بعده فيتعين نوبة كل
واحدة بغير قرعة ويتحقق في غير الرابعة وعلى الحال من تخيير ويغير قرعة يتحقق نوبة غير الرابعة لتعيينها لها ثم طلاقها قبل حقها
والمقام لم يكن تحريم الطلاق وقد ذكره الشيخ وغيره ولا فرق في التحريم بين وقوع الطلاق رجعيا او بائنا وان كان في الرجعي يمكن
من الرجوع والتخلص لان الطلاق سبب لتعطيل الحق واشتغال الذمة على التقديرين ولكن لو كان رجعيا ورجع في العدة وجب
قضاء حقها والتخلص منه بغير اشكال لان الرجعة اعادة الزوجية الاولى كما كانت ولو تركها حتى انقضت عدتها او كان الطلاق
بائنا ثم تزوجها فهل يجب عليه القضاء قال الشيخ في ط نعم لانه حق استقر في ذمته وقد امكنه التخلص منه فيجب والمص تردد في الوجوب
ومما ذكرناه من خروجها عن الزوجية فتسقط الحقوق المتعلقة بها وفيه منع الملازمة بين الامرين ومن ثم بقي المهر وغيره من
الحقوق المالية وان طلق وتخصيص بعض الحقوق بالسقوط دون بعض لا دليل عليه فالقول بوجوب القضاء متجه اذ لا
يتفرع عليه وجوب التزويج لو توقفت البراءة عليه ولو امكن بحالها والتوصل الى اسقاط حقها بوجه آخر تخير بينه وبين
التزويج وح فلا يمنع تزويج الرابعة لعدم انحصار البراءة في التزويج ولو فرض تعينها عليه لم يقدح في صحة التزويج لما
من حكم النهي واعلم ان وجوب القضاء بل امكانه على تقدير تزويجها مشروط بكون الزوجات اهل ولا يمكن قضاؤه فيما ينفصل له
من الدور او كون الزوجات هي المظلوم بهن لعدم القضاء فيه ووجهه انه لو كان المظلم بتعطيل الليلة معينة ولكن جديدات لم يكن
القضاء لانه انما يكون في نوبة احديهن والظلم لا يقضي بالظلم ولو نكح جديدة وبقيت في نكاحه التي ظلم بها الا اذا كان له ثلث زوجات
فظلم واحدة بليال الاخريين ونكح رابعة ثم تزوج المظلومة امكن قضاء حقها من نوبة المظلوم بها مع مراعاة حق الرابعة على نحو ما تقدم
في المسئلة السابقة ولو لم يفارق المظلومة وفارق اللواتي ظلم بهن ثم عاد الى نكاحهن او فارقهن وفارقتهن ثم عدن الى نكاحه
اشتغل بالقضاء ولا يحسب من القضاء ما بات عندها في زمان مفارقتهن وهي في عدتهن بالنكاح الجديد الخلافا للسابق
قوله لو كان له زوجتان في بلدين فاقام عند واحدة عشرا قيل كان عليه للاخرى مثلها مراعاة للعدل بينهن وان جاز المقام
بين اثنتين او الثلث مشروطا بجعل القسمة ليلة ليلة ونقل المص القول بصيغة القيل يؤذن باستشكاله ووجهه ما علم من ان
للزوج مع الاثنتين نصف الدور فيستغرق ان يكون له من العشر نصفها ولكل واحدة منهن ربع فلا يلزم للثانية الا ليلتان
ونصف وهذا الوجه لم يشر اليه في المسئلة المشتملة على القضاء المطلوبة مع وروده فيها ويمكن الفرق من جهة تقرر حقه في تلك
بان العدد المذكور فيها وهو الخمس عشرة جعله لكل واحدة على وجه القسم كما ذكره في لفظه بخلاف هذه فانه لم يذكر فيها ما يدل
انه قسم للاولى عشرا او الالتزام للثانية مثلها وان في حقه بعد ذلك بل قال فاقام عند واحدة عشرا والاقامة عندها اعم
من جعلها على وجه القسمة او مع اضافة حقه اليها فلما كان اللفظ اعم استشكل حمل الاطلاق على القسمة مع اصالة البراءة للزوج
من حق الثانية اذ الممكن صرف الاقامة عما يوجب شغل ذمته بالثانية وعلى هذا فيختلف الحكم باختلاف قصد الزوج وجوب القسمة

للاخرى بقدر الاولى مطلقا في غيره موضع الوفاق والعلامة في كتبه جزم بالحكم كما ذكره الشيخ وغيره ولم يتوقف غير المص واعلم ان الزوجتين في
البلدين انما يجب عليه المساواة بينهما عندها الا الطريق اليهما ولا يعينهما بل يتخير في قسم الثانية بين الذهاب اليها واستدعائها الى بلده فان
امتنعت منه مع قصده اسقط حقها للنشوز قوله لو تزوج امرأة ولم يدخل بها فاقرع للسفر فخرج اسمها ابتدئ بقسمة تعليل الحكم على
خلاف الشيخ حيث اكتفى في تخصيصها بما يحصل في ايام السفر محتجا بان الغرض المقصود من القسم وهو ارتفاع الحشمة وحصول الانس
يحصل بايام السفر وان لم يحصل فيه تمام المقصود من القسم والمصرة رد ذلك بان الايام المخصوصة من جملة القسم فلا تنهما
نقصت فيه كما فضلت الحرة على الامة ومن ثم عدد الاستيفاء القسم ثلثا او اثنتين وحيث وقع الاتفاق على ان ايام
السفر ليست داخلة في القسم ومن ثم لا يقضي للمتخلفات مع الصحوبة فكذا لا يحسب على الجديدة هنا وكلام الخصم الفاسد
فيما ذكره بل جاز ان يكون الاستمتاع بالجديدة في هذه المدة اسم مما ذكر نعم يجوز انضمام تلك العلة التي ذكرناه لاستقلالها بالحكم
ومع ذلك في العلة مستنبطة لا منصوصة والمعلوم انما هو اختصاصها بالعدد على وجه القسمة انما هو اقوى كما اشرنا اليه سابقا
لا كونه على وجه اضعف من حق القسمة فاذكره المص اجود وفي حكمه ما لو تزوج بها في السفر ولم يكن معه غيرها فلو كان معه غيرها خصها
الجديدة بالعدد ثم قسم بينها وبين القديمة بحسبه قوله النشوز هو الخروج عن الطاعة واصله الارتفاع والنشوز لغة الارتفاع
يقال نشز الرجل ينشز وينشز اذا كان قاعدا فنهض قائما ومنه قوله تعالى واذا قيل انشزوا فانشزوا اي انهضوا الى امر من امور الله
تعالى وسمي خروج احد الزوجين عن طاعة الاخر نشوزا لانه بمعصيته قد ارتفع وتعالى عما اوجب الله عليه من ذلك ولذلك خص
النشوز بها اذا كان الخروج من احدهما لان الخارج ارتفع عن الاخر وقال بعضهم يكون الطلاق النشوز على ذلك ايضا نظر الى جعل
الارتفاع عما يجب عليه من الطاعة لا على صاحبه وهو يتحقق فيها وهو بعض الفقهاء اطلق على الثلثة اسم الشقاق والكل جائز
بحسب اللغة لكن ما جرى عليه المص اوفق لقوله تعالى واللاتي تخافون نشوزهن وقوله وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او قوله وان خفتم
شقاق بينهما والتخصيص للشيخ في ط بالنشوز بخروج الزوج عن الحق فليس بجيد قوله حتى خرج من الزوجية اما اذا ما ظهرت امارة
في وجه لو تبرم بحوائجه او تغيرت عادتها في ادبها الخ الوحشة الحاصلة بين الزوجين قد تعرف فيستبينها من الزوجة وقد يظهر من
الزوج وقد يظهر بينهما وقد تشتبه الحال وقد ذكر المص حكم الثلثة وابتدأ بالاول لدلالة الاية عليه قال تعالى واللاتي تخافون نشوزهن
فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن والمراد من الوعظ ان يخوفها الله تعالى ويقول اتقي الله في الحق الواجب لي عليك واحذري عقاب
الله ونكاله ويذكر لها ما ورد من حقوق الزوج على الزوجة من الاخبار النبوية وكلام الائمة عليهم السلم ويبين لها ان النشوز
يسقط النفقة وحق القسم فقد تتادب بذلك واما الهجران فالمعتبر منه الهجران في المضجع ولا يترك ظاهره في تاديب النساء وقد
اختلف في معناه فقيل ان يحول اليها ظهره في الفراش وذهب اليه ابنا بابويه وهو الذي جعله المص مرويا وقال الشيخ وابن ادريس
ان يعتزل فراشها ويبيت على فراش اخر وقيل بتدئ بالاول فان لم يجمع فالثاني وقيل ان يترك وطيها والاولى الرجوع فيه الى العرف
وما يستفيده المراة الهجران وانما يهجرها بان يمتنع من كلامها في تلك الحالة فلا باس به اذا رجي به النفع ما لم يزد عن ثلثة ايام لنهيه
النبوي عن فوق الثلثة واما الضرب فهو ضرب تاديب وتعزير كما يضرب الصبيان على الذنب ويجب ان لا يكون مدميا ولا مبرحا اي شديدا
وفي بعض الاخبار ان يضربها بالسواك ولعل حكمته توهمها ارادة المداعبة والافراح والا فهذا الفعل بعيد عن التاديب والاصلاح
ونقل الشيخ في ط عن قوم ان الضرب يكون بمنديل ملفوف او درة ولا يكون بسوط ولا خشب اذا تمهد ذلك فنقول اختلف العلماء في
تنزيل هذه الامور الثلثة على التخيير او الجمع او الترتيب التدرج من الاخف الى الاثقل كمراتب النهي عن المنكر وعلى التقدير من هل هي

مع تحقق النشوز او ظهور امارته قبل وقوعه او معهما ومنشا الخلاف من دلالة ظاهر الاية على ذكر الثلثة متعاطفة بالواو المفيدة
للتخيير والجمع وتعليقه على خوف النشوز لا على نفسه ان جعل الخوف على ظاهره فاعتبر المص في الناخع في الامور الثلثة ظهور
امارة النشوز اجراء الخوف على ظاهره لكنه حمل الثلثة على الترتيب فيقدم الوعظ فان لم ينجع فالهجران فان لم يفد انتقل الى الضرب
وان لم يذكر حكم النشوز بالفعل لكن يكون لازما جوازها مع ظهور الامارة على جوازها مع حصوله بالفعل بطريق اولى وجه هذا
القول موافق لظاهر الاية في السبب فيحتاج الى تاويل المسبب على عدم التخيير والجمع الذي تشعر الاية بتنزيله على الافراد
النهي عن المنكر فليكن بحكمه والمراد من الاية جواز الجمع بين الثلثة في الجملة لا مطلقا بل حيث يفتقر اليه ولا ينجع الاقتصار
على ما دون الثلثة وعكس الحكم ابن الجنيد فجعل الامور الثلثة مترتبة على النشوز بالفعل ولم يذكر الحكم عند ظهور امارته وان
جوز الجمع بين الثلثة ابتداء من غير تفصيل فقال والرجل ان كان النشوز من المراة ان يعظها ويهجرها في مضجعها وله
بعض ذلك متريح وظاهره جواز الجمع بين الثلثة والاقتصار على احدها او اثنين منها لان الواو للجمع فلم ينفيه التخيير او الجمع
فيحمل الواو على الجمع والتخيير وحمل الخوف بمعنى العلم كقوله تعالى فمن خاف من موص جنفا فاول الخوف فاستغنى عن الاضمار والتقدير
تكلفه عنهم وحمل منزلة الارشاد الثلثة المترتبة على النشوز بالفعل كما صنع ابن الجنيد لكنه جعلها مترتبة كمراتب الانكار كما
فعل المص في قوله الاول ومن الاصحاب من جعل الامور الثلثة له على الحالتين اعني ظهور امارات النشوز وتحققه بالفعل
فالمص في الكتاب والشيخ في ط ومن في عدة جعلوا الوعظ والهجر معلقين على ظهور امارته والضرب مشروطا بحصوله بالفعل
ومع ذلك لم يشترطوا في جواز الضرب مع تحقق النشوز تقديم الوعظ ولا الهجر بل جوزوا الضرب بأول مرة وجعلوا الهجر
في الاول مشروطا بعدم نجع الوعظ ووجه هذا القول حمل خوف النشوز على ظاهره وترتيب الاولين على امارته والنهي واما
الضرب بتحقق النشوز معا ان ظاهر الاية جوازه مع الخوف ان الضرب عقوبة وتعزير والاصل فيهما ان يكون منوطا بالحاكم
والجمع عليهما هو النشوز وظهور امارته لا يفيد اليقين به فلا يبيح العقوبة على الذنب قبل وقوعه بخلاف الزجر والوعظ
والهجر فان امرهما اوسع وظهور امارات المعصية كاف في التنبيه عليها والزجر عنها ومرجع ذلك الى الاخذ في الاية
مراعاة الاضمار في العقوبة والوقوف على موضع اليقين حيث يحتمل ارادة النشوز بالفعل من الخوف منه فالتحقق الذي
في الضرب مع وقوعه وقبله مشكوك فيه لكن قد يشكل هذا بالهجران فتفويت حقها من اللطف واعطاء الوجه المضاجعة
بمجرد الاحتمال لا يخرج من اشكال الاول الامر فيه سهل كما قلناه فجاز التعويل فيه على ظاهر الاية ووجه عدم توقف ضربها على
الاخرين في هذه الحالة دلالة الاية على التخيير بينه وبينها او الجمع من غير تقييد وفصل بعض العلماء في الاية تفصيلا اخر
واضحا في ان جعل الامور الثلثة مترتبة على مراتب الثلثة على الحالتين فمع ظهور امارات النشوز يقتصر على الوعظ ومع تحققه قبل
الاصرار ينتقل الى الهجران فان لم ينجع ولم يرتدع انتقل الى الضرب وحملوا المعنى في الاية واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن
فان نشزن فاهجروهن في المضاجع فان اصررن فاضربوهن والاظهر انه متى احتمل انزجارها بالوعظ لا ينتقل الى الهجران فان لم ينفع
الهجر ولا يجوز الانتقال الى الضرب الا مع العلم بانها لا تنزجر الا به ومعه يجوز الضرب ولو في الابتداء كمراتب النهي وذلك حيث يحقق المعصية
وبالجملة فيقتصر على الوعظ في المسئلة الاولى وينبغي التنبيه فيها الاول المراد بظهور امارات النشوز تغير عادتها معه في القول او
الفعل بان يجيبه بكلام خشن بعد ان كان بلين او غير مقبلة بوجهها بعد ان كانت تقبل او تظهر عبوسا او اعراضا او
تثاقلا او دمدمة بعد ان كانت تلطف له وتبادر اليه وتقبل عليه ونحو ذلك ولو حدث تغير العادة عما كان ذلك

من طبعها ابتداء فانه لا يعقل امارة النشوز والمصنف اعتبر في اعتبار العادة على ادبها والظاهر الباقي المعتبر ما ذكرناه نعم
مثل التبرم بالحوائج لا يعتبر فيه العادة فلان ذلك حق ضعيف المبادرة اليها ابتداء ولا عبرة فيها بالعادة فجعلها الادب
فلذا خصها المصنف وهذه الامور ونحوها لا تعد نشوزا فلا يستحق به ما يترتب على النشوز بل يقتصر على الوعظ فلعلها
عذرا او ترجع عن ما وقع من غير عذر ويظهر من تجويز الضرب بل الهجر بهذه الامور تحريمها وان لم يكن نشوزا والضرب لاجل
فعل المحرم وفيه نظر الثاني ليس من النشوز ولا من مقدماته بذاءة اللسان والشتم وكلاهما اثم به وتستحق التاديب لكن هل
يجوز للزوج تاديبها على ذلك ونحوه مما لا يتعلق بحق الاستمتاع ام يرفع امرها الى الحاكم قولان تقدما في باب الامر بالمعروف والاقوى
ان الزوج فيها واخر المساكنة والاستمتاع كالاجنبي وان تعرض للتعيش وكذا الاستمتاع الثالث المراد بحق الجبر الذي يكون
التبرم بها امارة النشوز ما يجب عليها فعله من الاستمتاع ومقدماته كالتنظيف المعتاد وازالة المنفر والاستحداد بان تمتنع
او تتثاقل اذا طلبها على وجه يحوج ثم الى تكلف وتعب ولا اثر لامتناع الدلال ولا الامتناع من حوائجه التي لا يتعلق بالاستمتاع
اذ لا يجب عليها ذلك وفي بعض الفتاوى المنسوبة الى فخر الدين ان المراد بها الحوائج المائية وتمهيد الفراش وهو بعيد جدا لان ذلك لا
يجب عليها فكيف يعد تركه نشوزا وقد نبه المصنف على ذلك بقوله في تعريف النشوز وهو الامتناع عن طاعته فيما يجب له من تلك
الامور المذكورة اذا لم تعد نشوزا فكيف يعد التثاقل عنها من مقدمات النشوز الرابع المراد بالتبرم بحوائجه القيام اليها
بتثاقل وتغضب ودون ضلبها قال الجوهري تبرم به اذا سئمه وضجر منه وابرمه امله واضجره وقال التبرم الثقة والمراد هنا قوة
الضرب عرفا الادب المعتبر من ضرب بالسياط بما يسهل وقعه ومن ثمة عبر جماعة بمثل السواك والمنديل الخامس يجب اتقاء
المواضع المخوفة كالوجه والخاصرة ومراق البطن ونحوها وان لا يوالي الضرب على موضع واحد بل يفرق على مواضع الصلبة مراعيا
فيه الاصلاح لا التشفي والانتقام فيحرم بقصدهما مطلقا بل بدون قصد المأذون فيه لاجله السادس لو حصل بالضرب تلف
وجب الغرم لانه تبين بذلك انه اتلاف لا اصلاح بخلاف الولي اذا ادب الطفل والفرق ان تاديب المراة لحظ نفسه والولي لحظ
الطفل الولي وقيل انها [illegible] بعدم [illegible] وسيأتي البحث فيه ان شاء الله وفرق بينهما المص بان الاولى للزوج ان يعفو
يعرض عنه بخلاف الولي فان الاولى له ان لا يعرض عن ضرب التاديب عند الحاجة لرجوع المصلحة الى الصبي وقد ورد الخبر بالنهي
عن ضرب الزوجة في الجملة ويتفرع على هذا الفرق عدم ضمان الولي لانه محسن وما على المحسنين من سبيل قوله واذا ظهر من
الزوج النشوز بمنع حقوقها فلها المطالبة الخ هذا هو القسم الثاني وهو ان يتعدى الزوج ويمنعها بعض حقوقها الواجبة من نفقة
او قسمة او يسيء خلقه معها ويؤذيها ويضربها بغير سبب مبيح له ذلك فان نجع فيه وعظها والا رفعت امرها الى الحاكم وليس لها
هجره ولا ضربه [illegible] الى الحق لانهما يتوقفان على الاذن الشرعي وفي الآيتين ما ينبه على تفويض ذلك اليها
وهي اللائق بمقام ثم الحاكم ان عرف الحال باطلاعه او اقرار الزوج او بينة ومطلعين على حالهما الا نصح عليها ثقة في جوارهما
او غيره [illegible] ويحكم بما تبين فان ثبت تعدي الزوج نهاه عن فعل ما يحرم وامره بفعل ما يجب فان عاد اليه عزره بما يراه ولو
امتنع من الانفاق مع قدرته جاز للحاكم ان ينفق عليها من ماله ولو ببيع شيء من عقاره اذا توقف عليه ولو كان لا يمنعها
شيئا من حقها ولا يؤذيها بضرب ولا كلام ولكن يكره صحبتها لمرض او كبر ولا يدعوها الى فراشه او يهم بطلاقها فلا شيء عليه
ويحل له [illegible] بترك بعض حقها من القسم والنفقة قال الله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا
جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا وروى العامة عن ابن عباس ان النبي ص هم بطلاق سودة فقالت لا تطلقني ودعني مع نسائك

[illegible]

ولا تقسم لي واجعل نوبتي لعائشة فنزلت الآية وروى العامة في الحسن [illegible] عن ابي عبد الله ع في قول الله عز وجل وان امرأة خافت من
بعلها نشوزا او اعراضا فقال هي المرأة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها اني اريد ان اطلقك فتقول له لا تفعل اني
اكره ان تشمت بي ولكن انظر في ليلتي فاصنع بها ما شئت وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك ودعني على حالتي
فهو قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا وهذا هو الصلح وما ذكرناه من حكم بذلها الحق مع عدم تقصيره فيه
جواز قبوله ذلك وحله له وان كان آثما في نشوزه وكلام عبارة المصنف والحكم فيه كذلك لان مثل ذلك لا يعد اكراها على بذل
حقها وان اثم في نفسه نعم لو قصد بالنشوز [illegible] فلا شبهة في عدم حله وظاهر رواية الحلبي تفسير الآية بالمعنى الاول
هو اولى قوله القول في الشقاق وهو فعال من الشق كان كل واحد منهما في شق [illegible] على حدة
تخصيصا باسم النشوز فناسب ان يخص المعنى من كل منهما باسم الشقاق لانهما تنافيا وكاد التعدي والتباعد فكان كل منهما
في شق اي جانب عن جانب الاخر وحاصل الاختلاف وعدم الاجتماع على راي واحد قوله فاذا كان النشوز منهما وخشي
الشقاق بعث الحاكم حكما من اهل الزوج وحكما من اهل المراة على الاولى ولو كانا من غير اهلهما او كان احدهما جاز ايضا
بعثهما على سبيل التحكيم او التوكيل الخ انه تحكيم فان نفعا [illegible] الاصلاح فعلاه وان اتفقا على التفريق [illegible] الزوج
في الطلاق ورضاء المراة في البذل اذا كان خلعا اذا كان النشوز منهما كان هو الشقاق نفسه كما تقدم فقوله وخشي
الشقاق اي خشي استمراره والا فهو حاصل من قبل ويعتبر بذلك موافقة للآية الدالة على حكمه قال الله تعالى وان خفتم
شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما او يحمل [illegible] الشقاق العلم
به كما سلف وهو اولى من اضمار الاستمرار ثم بيان حكم المسألة ينتظم في ستة امور الاول جعل المصنف والاكثر الباعث
للحكمين هو الحاكم وجعلوا ضمير فابعثوا في الآية راجعا الى الحاكم ومن [illegible] بمقام البعث والتحكيم واللائق بقطع التشاجر
المروي وقال بعضهم ان الضمير عائد الى اهل الزوجين [illegible] الى الزوجين انفسهما [illegible] الزوجين [illegible]
[illegible] والمأمور بالبعث هو الخائف من شقاقهما [illegible] على المغايرة بينهما
لو كان كما قيل لقال تعالى فليبعث كل منهما حكما من اهله او نحو ذلك ولان الآية [illegible] الى نفسه [illegible]
[illegible] فاذا خشي الاستمرار بعث كل منهما حكما من اهله [illegible] الحاكم [illegible]
ابن الجنيد الا انه جعل الحاكم يامر الزوجين بان يبعثا [illegible] من اهلها [illegible] بين القولين [illegible]
عن الصادق ع [illegible] ابن الجنيد لانه قال [illegible] الحكمان [illegible]
الحكمان [illegible] الرجل والمرأة [illegible] الاصلاح والتفريق [illegible] الرجل والمراة [illegible]
عليهما [illegible] تفريق [illegible]
فلو تعذر الحاكم او تعذر [illegible] المبعوث [illegible]
[illegible] الزوجين [illegible]
[illegible] الزوجين [illegible]
[illegible] الحاكم [illegible]
الامر الزوجين [illegible] الحكمين [illegible]

العقدة الثالث هل يشترط كون الحكمين من اهل الزوجين بمعنى كون المبعوث من قبله من اهله والمبعوث من قبلها من اهلها قولان
كالامر الاول على كونهما من اهلهما فلا يتحقق الامتثال للامر بدونه [illegible] الاهل [illegible] المصلحة من الاجانب [illegible]
في الحكم ولا يجدي التوكيل [illegible] لحصول الغرض بهما [illegible] الارشاد [illegible]
[illegible] الحكمين [illegible]
المبعوثان [illegible] من جهة الزوجين [illegible] من جهة الحاكم [illegible] على كون الباعث الحاكم [illegible]
الزوجين فلا شبهة في كونهما [illegible] التفويض في الحكم [illegible]
[illegible] الحكمين [illegible] التوكيل [illegible]
الاصلاح [illegible] الزوجين [illegible]
[illegible] التوكيل [illegible]
[illegible] الحكم [illegible] الاجتهاد [illegible]
[illegible] الزوجين على الشقاق [illegible] الحكم [illegible]
[illegible] الحاكم [illegible]
ادب الحاكم الظالم ويستوفي حق المظلوم وعلى الثاني [illegible] البلوغ والعقل والاسلام و
الاضداد [illegible] الحكمين [illegible] وكيلين [illegible]
[illegible] التوكيل [illegible] الحاكم [illegible]
للحاكم [illegible] على الحكمين [illegible] على الشقاق [illegible]
الاصلاح [illegible] الفراق [illegible] الطلاق [illegible] الخلع
ان رايا الخلع هو الصلاح [illegible] الاصلاح دون الفراق قولان [illegible] حكمين او وكيلين [illegible]
[illegible] الفراق [illegible]
[illegible] الطلاق [illegible]
[illegible] الحلبي عن ابي عبد الله [illegible]
[illegible] الرجل والمرأة [illegible]
[illegible] ابن الجنيد [illegible]
الزوجين ان للحكمين [illegible]
[illegible] عليا عليه السلام بعث حكمين [illegible]
[illegible] الفرقة [illegible]
[illegible]
[illegible] ابن الجنيد [illegible] الرجل [illegible]
[illegible] طلاق [illegible] الطلاق [illegible] الزوج [illegible]
[illegible] الطلقات الثلث [illegible] الخلع [illegible] المراة [illegible] الرجل [illegible]

[illegible]

المراة بالمرأة خلوة [illegible] ويعرف كل منهما ما عند صاحبه [illegible] الصواب [illegible]
[illegible] الحكمين [illegible] في السعي وقصد الاصلاح
[illegible] كما نبه عليه قوله تعالى ان يريدا اصلاحا يوفق الله
بينهما ومفهوم الشرط ان عدم التوفيق بين الزوجين يدل على فساد قصد الحكمين وانهما لم يجتمعا على قصد الاصلاح بل
[illegible] قوله لو بعث الحكمين فغاب الزوجان او احدهما قيل لم يجز الحكم لو [illegible] الحكم مبني
ان بعث الحكمين توكيل او تحكيم فعلى الاول ينفذ قطعا لان تصرف الوكيل فيما وكل فيه نافذ مع حضور الموكل وغيبته ومع
بقائه على الخصومة والشقاق [illegible] التحكيم [illegible] الشيخ [illegible] لا يجوز الحكم مع غيبة احدهما
لان الحكم [illegible] الشقاق والخصومة بينهما ومع الغيبة لا يعرف بقاء ذلك [illegible]
يجوز القضاء للغائب [illegible] مع الغيبة [illegible] على الاصلاح [illegible]
على حكم [illegible] الشقاق [illegible] قبل الغيبة [illegible]
[illegible] الحكم مع الاصلاح على شرط [illegible] مع الاصلاح [illegible]
[illegible] الغيبة [illegible] الشقاق مع السكوت [illegible]
بل يكون ذلك مع الغيبة قوله ما يشترطه الحكمان يلزم ان كان سائغا والا كان لهما نقضه [illegible] شرطه الحكمان شرطا نظر فيه فان
[illegible] الزوجان [illegible] البلد [illegible]
[illegible] او شرطا عليه ان [illegible]
[illegible] الحكم [illegible] شرطا عليها [illegible]
من القسم والنفقة [illegible] عليها [illegible] الشرط
[illegible]
[illegible] الخلع [illegible]
[illegible] الشيخ [illegible]
القسم [illegible] الحكمان [illegible]
[illegible] قوله لو منعها شيئا من حقوقها او اغارها فبذلت له بذلا لتخلعها فخلعها صح وليس ذلك اكراها الخ المراد بالحق
الذي منعها اياه فبذلت له الفدية لاجله الحق الواجب لها من القسم والنفقة ونحوهما وانما لم يكن ذلك اكراها وان كان محرما
لانه لم يتلفظ [illegible] الخلع [illegible]
المال [illegible]
[illegible] الاكراه [illegible] الواجب [illegible]
[illegible] الاكراه [illegible] الواجب [illegible]
[illegible] الانفاق [illegible]
لا يقتضي الاكراه وانما ترك الحق الواجب [illegible]

وان كان اتماما للولد لحاله تركه لاجل البذل كان ذلك اكرههما واظهر منه ما لو اكرههما على نفس البذل لما ذكره المصنف قول الشيخ في

[illegible]

ليس باكره وهو المعتمد **النظر الرابع في احكام الاولاد** **قوله** وكذا الموطوءة بالعقد الدائم ثم يلحقون بالزوج ثم اجمع علماء الاسلام

على ان اقل المدة التي يكون فيها تولد الانسان حيا كاملا ونشؤه من حين الوطي الى حين الولادة ستة اشهر ويدل عليه مع

الله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا مع قوله وفصاله في عامين فتركب من الامرين ان حمله يكون ستة اشهر لانها الباقية

من الثلثين شهرا عن العامين وليس هذه المدة اقصى مدة الحمل بالاجماع والوجدان وانما هي اقله واختلفوا في اقصى مدته

[illegible]

امير المؤمنين ع الولد لستة اشهر ولسبعة ولتسعة ولا يعيش لثمانية اشهر ورواية عبد الرحمن بن سيابة عن ابي جعفر

[illegible] غاية الحمل بالولد في بطن امه كم هو فان الناس يقولون ربما بقي في بطنها سنين فقال كذبوا اقصى حد الحمل

تسعة اشهر لا يزيد لحظة ولو زاد ساعة لقتل امه قبل ان يخرج ورواية عبد الرحمن بن الحجاج قال سمعت ابا ابراهيم عليه السلام يقول

اذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلا انتظر تسعة اشهر فان ولدت والا اعتدت ثلاثة اشهر ثم قد بانت ورواية محمد بن حكيم

[illegible]

٣٦٧

[illegible]

٣٦٨

[illegible]

علی ما ذکرناه هنا لوجود التقدیم و یدل علی تقدیم الحاضر روایة الصفار عن ابی عبد الله علیه السلام قال سمعته وقد سئل عن رجل اشتری جاریة ثم وقع علیها الی قوله فاتاه بابنها من اخر ولم یستبرئ رحمها ثم باعها الثانی من رجل اخر فوقع علیها ولم یستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث فقال ابو عبد الله علیه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر وروی الحسن الصیقل عن ابی عبد الله علیه السلام مثله الا انه قال الولد للذی عنده الجاریة ولیصبر لقول رسول الله ص الولد للفراش وللعاهر الحجر وفی هاتین الروایتین دلالة علی ان الامة تصیر فراشا للمولی وبهذا تحقیقه فی اللعان قوله ولو وطئها المشترکون فیها فی طهر واحد فولدت وتداعوه اقرع بینهم فمن خرج اسمه الحق به فی الامة المشترکة لا یجوز لکل واحد من الشرکاء وطؤها لتعلق حق غیره بها لکن لو وطئها بعضهم لم یکن زانیا بل عاصیا یستحق التعزیر ویلحق به الولد ویقوم علیه الام والولد یوم سقط حیا ویغرم حصص الباقین وقد تقدم الکلام فیه ولو وطئ الجمیع لها فی طهر واحد فلو لحق [illegible] یلحق به الولد لکن لا یمکن الحاقه بالجمیع بل بواحد منهم بالقرعة کما لو کانت زانیا الاثنین فصاعدا فمن خرجت له القرعة الحق به وغرم حصص الباقین بما ذکرناه هنا اذا اشکل علیهم الامر ولم یعلم تولده من واحد بعینه کما هو الغالب من حال الواطئین فی طهر واحد حکمهم عند الاشتباه مع الله تعالی انه لا یجوز لاحدهم [illegible] بل یرجعوا الی القرعة لکن لو فرض ادعاء کل واحد له اقرع بینهم ایضا والحق بمن خرج اسمه وغرم حصص الباقین من قیمته وقیمة امه لانها صارت ام ولد له بالنسبة الی من لحق به والاصل فی هذه المسألة حسنة ابی بصیر عن ابی جعفر علیه السلام قال بعث رسول الله ص علیا علیه السلام الی الیمن فقال له حین قدم حدثنی باعجب ما ورد علیک قال یا رسول الله اتانی قوم وقد تبایعوا جاریة فوطئها جمیعهم فی طهر واحد فولدت غلاما فاحتجوا فیه کلهم یدعیه فاسهمت بینهم وجعلته للذی خرج اسمه وضمنته نصیبهم فقال النبی ص انه لیس من قوم تنازعوا ثم فوضوا امرهم الی الله تعالی الا خرج سهم المحق والاصحاب حملوا مضمونها وجعلوا قوله وضمنته نصیبهم علی النصیبین من الولد والام معا کما لو کان الواطئ واحدا منهم ابتداء فانه یلحق به ویغرم نصیبهم منهما کذلك لکن یشکل الحکم بها انه لم یضمن الولد لادعاء کل منهم انه ولده فانه لا یلحق به بغیره ولا [illegible] فلذلك لا قیمة له علی غیره من الشرکاء وهنا یجامع [illegible] الوطی واحدا فانه محکوم بلحوقه به ولم یکن من نماء الامة المشترکة جمع بین الحقین باغرامه قیمة الولد لهم والحاقه به عملا بما هناك الروایة لیست صریحة فی ذلك لان قوله وضمنته نصیبهم یجوز ارادة النصیب من الام لانه هو النصیب الواضح له باتفاق الجمیع بخلاف الولد فیمکن ان یکون الوجه فی اغرامه نصیبهم من الولد ان ذلك ثابت علیه من عمله مع دعواه ولده ودعویهم لم تثبت شرعا فیؤاخذ المدعی باقراره بالنسبة الی حقهم والنصیب فی الروایة یکون شاملا لهما معا من حیث ان الولد نماء امتهم فکل منهم نصیب [illegible] ام لا [illegible] یغرم من لحق به نصیب الباقین فی موضع الوفاق وعلی کل حال فالعمل علی ما ذکره الاصحاب متعین ولا یسع الشك فیه مع ورود النص به ظاهرا وان احتمل غیره ولو کان المدعی به بعضهم دون بعض فان الحق به صح وکان حکم الباقین حکم من نفی ولده من امته الملحق به ظاهرا فانه ینتفی عنه بغیر لعان وان کان یحرم علیه [illegible] ان یعلم انتفاءه وهنا اولی ان کان المدعی متعددا کاثنین منهم مع نفی الباقین له اقرع بین المتداعیین کما لو انحصر الملك فیهما والحق بمن خرجت القرعة له کما لو اقرع بین الجمیع ولحقه باقی الاحکام بین عالمیهم لها عالمین بالتحریم وجاهلین به بالتعزیر وانما یفرق بین الجاهل والعالم فی الحکم بالاثم وعدمه وفی استحقاق التعزیر وعدمه وکما لا یجوز لاحد منهم نفی المدعی فیه بدون ان یعلم انتفاءه عنه کذا لا یجوز الانفاق علی نفیه منهم الا مع العلم کذلك وبالجملة فحکم کل واحد منهم بالنسبة الی هذا الولد کولده من الامة الموطوءة المنفردة من حیث الحکم باللحوق وتحریم النفی وانتفائه علی تقدیره بغیر لعان وترتبه هنا توقف لحوقه بواحدهم علی القرعة کما لو وطئ الامة غیرها لکنهما

وطئا یمکن ان یلحق بکل منهما الولد قوله ولا یجوز نفی الولد لمکان العزل وقد عرفت ان لحوق الولد بالواطئ بالملك والزوجیة لا یتوقف علی العلم بانزال الماء بل یکفی فیه تغیب الحشفة او قدرها فبالاولی ان یلحق الولد بالواطئ اذا عزل عنها لامکان ان یسبقه شیء من الماء من غیر ان یشعر به وقد یقع الاشکال فی الموضعین مع العلم بعدم نزول الماء لکن الاصحاب اطلقوا الحکم کما وصفناه وغیرهم من العامة اختلفوا فی ذلك فمنهم من وافق الاصحاب علی ذلك ومنهم من اشترط فی لحوق الولد نزول الماء وفرقوا عند العزل فضلا عن تغییب الحشفة بمجرده قوله ولو وطئ امته و وطئها اخر فجورا الحق الولد بالمولی وان حصل مع ولادته امارة تغلب معها الظن انه لیس منه قیل لم یجز الحاقه به ولا نفیه بل ینبغی له ان یوصی له بشیء ولا یورثه میراث الاولاد وفیه تردد القول المذکور للشیخ واتباعه واکثر الاصحاب استنادا الی روایات کثیرة دالة بظاهرها علی ذلك لکنها مختلفة الدلالة والاسناد والواضح السند منها لیس بصریح فی المطلوب والدال علیه ظاهرا ضعیف السند ولکثرتها مع شهرة العمل بمضمونها اضافوا الی مخالفتها للقواعد الشرعیة والاخبار الصحیحة المتفق علیها من ان الولد للفراش وللعاهر الحجر وانه لا عبرة فی الولد بمشابهته للاب او غیره ولان الولد [illegible] ان کان لاحقا به فهو حر وارث والا فهو رق فیجعله طبقة ثالثة وقسما خارجا لیس عبدا ومقتضی النصوص ان الولد یملك الوصیة ولا یملکه المولی ولا الوارث وهی من خواص الحر لکن عدم الحاقه به ینافی ذلك والاقوی الاعراض عن مثل هذه الروایات والاخذ بالحکم المجمع علیه من ان الولد للفراش حیث یجتمع شرائط الحاقه به قوله والوطء بالشبهة یلحق به النسب فلو تزوج امة علی انها حرة فاولدها کان الولد حرا وعلیه قیمته لمولی الامة یوم سقط حیا لانه وقت الحیلولة لا خلاف فی ان وطء الشبهة کالصحیح فی لحوق احکام النسب وقد تقدم تحقیقه وبیان ما یحصل به الحکم فی اول الکتاب وزید علی النکاح الصحیح ان الشبهة لو تعلقت بامة غیره فوطئها الحق به الولد لکن یلزمه قیمته لمولاها یوم ولد حیا لانها نماء مملوکه وقد تقدم ان ولد الحر لا یکون رقا فیجمع بین الحقین باعطاء المولی قیمة الولد یوم ولد علی تقدیر ولادته حیا والا فلا شیء له وینعقد الولد حرا تبعا لابیه ولانها فیه لعم قیمته لان ذلك تقویم منفعة الامة التی فاتت المولی بتصرف الغیر فیها [illegible] هذا الوطء [illegible] یقتضی فی ذمة الاب [illegible] جمیع الولد رقا وقد تقدم البحث فی نظائره ثلث قوله ره ولو تزوج امرأة لظنها خالیة او لظن موت الزوج او طلاقه فبان انه لم یمت ولم یطلق ردت علی الاول هذا الحکم ذکره الشیخ والاصحاب کلهم وله مستند اخبار کثیرة تدل باطلاقها علیه ولا اشکال فیه علی تقدیر حکم الحاکم او شهادة شاهدین یعتمد علی قولهما بموته شرعا وان لم یحکم حاکم اذ لیس هنا نزاع حتی یفتقر الحکم الی الحاکم فیکون ذلك شبهة مسوغة للوطء وموجبة لالحاق الولد الاعتداد [illegible] لان وطء الشبهة یوجب ذلك واما لو تقدر بکون الخبر ممن لا یثبت به ذلك شرعا کالواحد فینبغی تقییده بالوطء لجواز التعویل علی خبره جهلا منهما بالحکم فلو علما بعدم الجواز کانا زانیین فلا یلحق به الولد ولا مهر علیه وان جهل احدهما ثبت العدة ولحق به الولد دون الاخر وفی الروایة تصریح بالاعتداد بخبر الواحد وهو محمول علی ما ذکرناه لیوافق القواعد الشرعیة قوله فالواجب استبداد النساء بالمرأة عند الولادة دون الرجال الا مع عدم النساء [illegible] استبدادهن بها من دون الرجال [illegible] یوجب [illegible] الاطلاع علی ما یحرم علیه وهذا یتم مع لزوم ذلك لا مطلقا او تعلقه فی الرجال المحارم حیث لا یستلزم الاطلاع علی ما یحرم علی المحرم رؤیته وینبغی تقدیم الرجال المحارم علی الاجانب لذلك وبعضهم اوجبه ولا شبهة فی جواز الرجال مطلقا عند عدم النساء وجواز الاجانب عند عدم المحارم والزوج لان الضرورة تبیح نظر المرأة وسماع صوتها مثل ذلك کنظر الطبیب الیها فی وقت الحاجة ولو الی العورة وهذا الوجوب بجمیع المراتب کفائی یختص بمن یطلع علی حالها من النساء الی ان یحصل من فیه الکفایة فیسقط عن الباقین وکذا الحکم فی الرجال حیث ینتقل الیهم قوله والسنن عند الولادة غسل المولود حین یولد [illegible] الغسل

یقتضی اعتبار النیة فیه والترتیب بخلافهما من احکامه مع احتمال العدم مرة لانه تنظیف محض لعدم النجاسات العارضة للاوساط والاذان فی اذنه الیمنی والاقامة فی الیسری قال النبی ص من ولد له مولود فلیؤذن فی اذنه الیمنی اذان الصلاة ولیقم فی اذنه الیسری فانه عصمة من الشیطان الرجیم وقال الصادق علیه السلام لا یجهل احدکم [illegible] مولود ای شیء تصنعون قلت لا ادری ما تصنع به قال خذ عدسة جاوشیر فدفه بالماء ثم تقطر فی انفه فی المنخر الایمن قطرتین وفی الایسر قطرة واذن فی اذنه الیمنی واقم فی الیسری تفعل ذلك قبل ان تقطع سرته فانه لا یفزع ابدا ولا تصیبه ام الصبیان وفی حدیث اخر عنه یروا القابلة او بعض من یلیه ان یقیم الصلاة فی اذنه فلا یصیبه لمم ولا تابعة ابدا قوله وتحنیکه بماء الفرات وبتربة الحسین علیه السلام وان لم یجد ماء الفرات فبماء فرات المراد بالتحنیك ادخال ذلك الی حنکه وهو اعلی داخل الفم قال الباقر علیه السلام حنکوا اولادکم بماء الفرات ویقام فی اذنه وفی روایة اخری حنکوا اولادکم بماء الفرات وتربة قبر الحسین علیه السلام فان لم یکن فبماء السماء وکذا یستحب تحنیکه بالتمر بان یمضغ التمر ویجعل فیه وتوصلها الی حنکه بسبابته حتی یتحلب فی حلقه قال امیر المؤمنین علیه السلام هکذا فعل رسول الله ص بالحسن والحسین علیهما السلام وروی عن ام سلمة رض لما ولدت غلاما اتی به ابو طلحة الی النبی ص وارسلت معه بتمرات فاخذها النبی ص فمضغها ثم اخذها من فیه فجعلها فی فی الصبی وحنکه بها وسماه عبد الله قال الهروی حنکه تحنیکا مضغ التمر ودلکه بحنکه والفرات المضاف الیه الماء هو النهر المعروف به الماء العذب ووصف الماء بالفرات [illegible] قوله ثم تسمیته باحد الاسماء المستحسنة وافضلها ما تضمن العبودیة لله سبحانه ویلیها اسماء الانبیاء والائمة علیهم السلام عن ابی عبد الله علیه السلام قال رسول الله ص استحسنوا اسماءکم فانکم تدعون بها یوم القیامة قم یا فلان بن فلان الی نورك وقم یا فلان بن فلان لا نور لك وعن الکاظم علیه السلام قال جاء رجل الی النبی ص فقال یا رسول الله ما حق ابنی هذا قال تحسن اسمه وادبه [illegible] والاسماء الحسنة هی اسماء الانبیاء والائمة وما تضمن العبودیة لله تعالی کعبد الله وعبد الرحمن وعبد الرحیم واشباه ذلك والمصنف جعل افضلها ما تضمن العبودیة لله تعالی ویلیها فی الفضل اسماء الانبیاء والائمة وتبعه علیه جماعة کثیرة ولم نقف له علی مستند والموجود فی الاخبار فضیلة اسماء الانبیاء واصدقها ما تضمن العبودیة لله تعالی قال الباقر علیه السلام اصدق الاسماء ما سمی بالعبودیة وافضلها اسماء الانبیاء علیهم السلام لان النبی ص قال من ولد له اربعة اولاد ولم یسم احدهم باسمی فقد جفانی ولا یخفی ان کون الاسم اصدق من غیره لا یقتضی کونه افضل خصوصا مع التصریح بکون الافضل اسماء الانبیاء فی فضل الخبر فانه یدل علی ان الصدق غیر الفضیلة [illegible] الشهید رحمه الله فی اللمعة [illegible] بان الافضل اسماء النبی ص والائمة علیهم وافضلها اسم نبینا والائمة [illegible] العبودیة لله تعالی [illegible] وهذا هو الاظهر قوله وان یکنیه مخافة النبز [illegible] الکنیة مضافة الی اسم [illegible] لحوق النبز للولد [illegible] اللقب قال الباقر علیه السلام انا لنکنی اولادنا فی صغرهم مخافة النبز ان یلحق بهم قوله ویستحب التسمیة یوم السابع [illegible] الاخبار [illegible] استحباب التسمیة للمولود من غیر توقیت فیدخل [illegible] من حین الولادة وفی روایة عن الکاظم علیه السلام [illegible] یسمیه من یومه فلیفعل [illegible] استحباب تسمیة الحمل محمدا [illegible] استحباب کونه یوم السابع [illegible] روایة ابی الصباح الکنانی قال سألت ابا عبد الله علیه السلام عن الصبی المولود متی یذبح عنه ویحلق راسه ویتصدق بوزن شعره ویسمی فقال کل ذلك فی الیوم السابع وغیرها بعضها اکثر وطریق الجمع بینها وبین ما امر فیه بالتسمیة مطلقا بالحمل علی الفضیلة والاصالة فیحمل التسمیة یوم السابع افضل من غیره [illegible] من اسم محمد فقد روی استحباب تسمیة الحمل [illegible] وقال الصادق علیه السلام لا یولد لنا مولود الا سمیناه محمدا فاذا مضی سبعة ایام ان

غیرنا وان شئنا ترکنا قوله ویکره ان یکنیه ابا القاسم اذا کان اسمه محمدا وجه الکراهة ما روی عن ابی عبد الله علیه السلام ان النبی ص نهی عن اربع کنی عن ابی عیسی وعن ابی الحکم وعن ابی مالك وعن ابی القاسم اذا کان الاسم محمدا قوله وان یسمیه حکما وحکیما او خالدا او حارثا او مالکا او ضرارا مستند کراهة هذه الاسماء روایة حماد بن عثمان الحسنة عن ابی عبد الله علیه السلام قال ان رسول الله ص دعا بصحیفة حین حضره الموت یرید ان ینهی عن اسماء یتسمی بها فقبض ولم یسمها منها الحکم والحکیم وخالد ومالك وذکر انها ستة او سبعة مما لا یجوز ان یتسمی بها وروی محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام قال ان ابغض الاسماء الی الله تعالی حارث وخالد ومالك ولیس فی الاخبار تصریح بالنهی عن ضرار بخصوصه لکنه من الاسماء المنکرة وقیل انها من اسماء ابلیس وروی زرارة عن ابی جعفر علیه السلام قال ان رجلا کان یغشی علی بن الحسین ع وکان یکنی ابا مرة فکان اذا استاذن علیه یقول ابو مرة بالباب فقال له علی بن الحسین علیه السلام بالله اذا جئت الی بابنا فلا تقولن ابو مرة قوله وسنن الیوم السابع اربعة الحلق والختان وثقب الاذن والعقیقة فی المشهور بین الاصحاب استحباب الاربعة والروایات ناطقة به قال رسول الله ص کل غلام رهینة بعقیقته تذبح عنه یوم سابعه ویسمی فیه ویحلق راسه وقال یعق عنه ویحلق راسه یوم السابع ویتصدق بوزن شعره فضة وعنه ص قال قال رسول الله ص طهروا اولادکم یوم السابع فانه اطهر واطیب واسرع لنبات اللحم وان الارض تنجس من بول الاغلف اربعین صباحا وفی خبر عنه ان الارض تضج الی الله تعالی من بول الاغلف وفی خبرین فی طریق احدهما مسعدة بن صدقة وفی الاخر محمد بن عیسی والظاهر انه الاشعری لا الیقطینی فیکون صحیحا فانه ثقب اذن الغلام من السنة وختان الغلام من السنة وروی الکلینی عن الحسین بن خالد قال سالت ابا عبد الله علیه السلام عن التهنئة بالولد متی قال انه لما ولد الحسن هبط جبرئیل علیه السلام بالتهنئة الی النبی ص فی الیوم السابع وامره ان یسمیه ویکنیه ویحلق راسه ویعق عنه ویثقب اذنه وکذلك حین ولد الحسین علیه السلام اتاه فی الیوم السابع بمثل ذلك قال وکان لهما ذؤابتان فی القرن الایسر وکان الثقب فی الاذن الیمنی فی شحمة الاذن وفی الیسری فی اعلی الاذن فالقرط فی الیمنی والشنف فی الیسری وحرم بعض العامة ثقب الاذن نظرا الی انه ایلام للولد وتاذیه لم یؤذن فیه شرعا فان صح حدیثنا او جبر الشهرة جاز الاذن والاتفاق موجب لان یحصل مثل هذا الالم الیسیر معارض علیه من زینة الصبی ونفعه کفی فی الاذن فیه فی امثال هذه الاخبار قوله وان یحلق راسه یوم السابع مقدما علی العقیقة قد تقدم ما یدل علی استحبابه ویدل علی تقدیمه علی العقیقة روایة اسحاق بن عمار قلت لابی عبد الله علیه السلام بای ذلك یبدأ قال یحلق راسه ویعق عنه ویتصدق بوزن شعره فضة یکون ذلك فی مکان واحد وفی روایة ابی بصیر عنه ع بوزن شعره ذهبا او فضة قوله ویکره ان یحلق من راسه موضعا ویترك موضعا وهی القنازع روی عن ابی عبد الله علیه السلام قال اتی النبی ص بصبی یدعو له وله قنازع فابی ان یدعو له وامر ان یحلق راسه [illegible] وفی خبر اخر عنه ع انه کره القزع فی رؤوس الصبیان وذکر ان القزع ان یحلق الرأس الا قلیلا وسط الراس تسمی القنزعة وفی حدیث اخر عنه ان النبی ص اتی بصبی یدعو له وله قنازع فابی ان یدعو له حتی یحلق راسه واعلم ان تعریف المصنف والخبر الاول یقتضی کراهة ترك موضع من الراس سواء کان فی وسطه او غیره سواء تعدد ام اتحد والخبر الثانی یقتضی کون القزع هو ترك الوسط لا غیر وکلام اهل اللغة یوافق المعنی الاول قال الهروی فی الحدیث نهی عن القزع وهو ان یحلق راس الصبی ویترك منه مواضع یکون فیها الشعر متفرقا ومنه قزع السحاب وهی قطعه قوله ره واما الختان فیستحب یوم السابع ولو اخر جاز هنا مسائل الاولی لا خلاف بین العلماء فی وجوب الختان فی الجملة وانه من الفطرة الحنیفیة وانما الکلام فی اول وقت وجوبه وهل قبل التکلیف بحیث اذا بلغ الصبی یکون قد اختتن قبله ولو بقلیل ام لا یجب الا بعد البلوغ کغیره من التکالیف المتعلقة بالمکلف وظاهر عبارة المصنف الاول لانه اوجب حکمه علی الولی بوجوبه [illegible] حکم باستحبابه یوم السابع لان الوجوب علی هذا القول موسع من حین الولادة الی

بقرب التكليف وعلى هذا فيكون فعله يوم السابع افضل افراده الواجبة ولا حاجة لما اطلقوا عليه الاستحباب كما يقال يستحب صلوة الفريضة
في اول وقتها وعلى هذا فيكون الوجوب متعلقا بالولي فان لم يفعل الى ان بلغ الصبي اثم وتعلق الوجوب بالولد وهذا القول اصح
القولين فقال ولا يجوز تاخيره الى البلوغ ووجه هذا القول اطلاق الامر به للولي الدال على الوجوب وقد تقدم بعضه ووجه الثاني ان الختان
شرط في صحة الصلوة ونحوها من العبادات فلا يجب الا مع وجوب المشروط ولو سلم انه واجب لنفسه فيتعلق التكليف والاصل براءة
ذمة المولى من فعله والامر قبل البلوغ محمول على الاستحباب لان في بعض الاخبار انه من السنة مقرونا بتشعيب الاذن المتفق على حمله على
الاستحباب وان كانت السنة في نفسها اعم من الواجب وفي الحديث ان ابن عباس رض سئل مثل من انت حين قبض رسول
الله صلى الله عليه قال انا يومئذ مختون وكانوا لا يختنون الرجل حتى يدرك وفي صحيحة ابي بصير عن ابي جعفر عليه السلم انما السنة في الختان
على الرجال وقول المص لو اخر جاز على القولين اذ لا شبهة في جواز تاخيره عن يوم السابع انما الكلام في وجوب تقديمه على البلوغ
وفي صحيحة علي بن يقطين قال سألت ابا الحسن عليه السلم عن ختان الصبي لسبعة ايام من السنة هو او يؤخر فايهما افضل فقال سبعة
ايام من السنة فان اخر فلا باس ويمكن بالدلالة على التاخير الى البلوغ فيكون دليلا على الثاني وهو اختيار ابن ادريس وانما يجب الختان
اذا سبح على تقدير ولادته مستور الحشفة فلو ولد مختونا خلقة سقط الفرض ولو بقي شيء يختن لم يجب ختنه مطلقا لان الحكم مختص
بالذكر كما يقتضيه الفاظ النصوص كقوله ختان الغلام من السنة ولا يجب على الانثى اجماعا واما الخنثى فان الحق باحدهما لحقه حكمه
وان اشكل امره ففي وجوبه في حقه وتوقف صحة صلوته عليه وجهان من الشك في ذكوريته الذي هو مناط الوجوب ومقتضى اصالة
البراءة ومن اشتمال الخلق على من لا يعلم وجوبه عليه ومن اختصاص امره فيهما فلا يحصل اليقين بصحة العبادة بدونه ولانه ماخوذ من
الجانبين حيث يمكن ولدخوله في عموم قوله ع الختان من الفطرة وقوله ع اختنوا اولادكم يوم السابع تطهروا فان لفظ الاولاد
يشمل الجميع خرج منه الاناث بدليل من خارج فيبقى الباقي وكلا دليليه هنا اولى الثالثة لو اسلم الكافر غير مختون وجب عليه الختان
وان طعن في السن لعموم الادلة المتناولة للصغير والكبير والمسلم وغيره ولقوله ع لرجل وقد اسلم الق عنك شعر الكفر واختتن
وقول امير المؤمنين ع اذا اسلم الرجل اختتن ولو بلغ ثمانين سنة الرابعة يستحب خفض الجواري والنساء وليس بواجب اجماعا وروى محمد بن
مسلم عن الصادق عليه السلم قال ختان الغلام من السنة وخفض الجارية من السنة وفي خبر اخر عنه عليه السلم خفض الجواري مكرمة
وليس من السنة ولا شيئا واجبا واي شيء افضل من المكرمة وروى محمد بن مسلم في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلم قال لما هاجرن النساء
الى رسول الله ص هاجرت فيهن امرأة يقال لها ام حبيب وكانت خافضة تخفض الجواري فلما رآها رسول الله ص قال لها يا ام حبيب العمل
الذي كان في يدك هو في يدك اليوم قالت نعم يا رسول الله الا ان يكون حراما فتنهاني عنه قال لا بل حلال فادني مني حتى اعلمك قالت
فقال يا ام حبيب اذا انت فعلت فلا تنهكي اي لا تستاصلي واشمي فانه اشرق للوجه واحظى عند الزوج ولو اسلمت المرأة استحب
خفضها كبيرها قوله واما العقيقة اصل العقيقة الشعر الذي يخرج المولود به من بطن امه وهو عليه واصلها الشق سمي
الشعر المذكور بذلك لانه يحلق عنه ثم قيل للذبيحة التي تذبح يوم يستحب حلق شعره عقيقة لانها تستحب حلقه عندها كما قالوا الراوية
وغيره او لانها تفعل لاجل العقيقة فاطلق اسم السبب على المسبب والفعل عق يعق بضم العين قوله يستحب ان يعق عن الذكر ذكرا و
عن الانثى انثى استحباب مساواتها للمولود في الذكورية والانوثية رواه الكليني مسندا عن الباقر عليه السلم قال اذا كان يوم السابع وقد
ولد لاحدكم غلام او جارية فليعق عنه كبشا عن الذكر ذكرا وعن الانثى مثل ذلك وروى اخبار كثيرة في اجزاء الذكر والانثى
مطلقا ففي صحيحة منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلم قال العقيقة في الغلام والجارية سواء وحسنة ابن سنان عنه ع قال العقيقة

الغلام

الغلام والجارية كبش وكبش وفي رواية منهال القماط عنه ع انما هي شاة لحم ليست بمنزلة الاضحية يجزي منها كل شيء مع ان الرواية
الاولى ليست صحيحة في اعتبار المساواة بل الظاهر تعلقه وكان نهي مثلا المناف المستحب كونها ذكرا في الذكور والانثى فيكون
مواطأة الغير من الاخبار الدالة على التسوية بينهما ولا ريب في اجزاء الجميع انما الكلام في الافضلية قوله وهي مستحبة العقيقة
قبل نعم والوجه الاستحباب القول بالوجوب للمرتضى وابن الجنيد وجعله السيد من الانتصار باجماع الامامية وابن الجنيد بالاخبار
الدالة على الوجوب كرواية ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلم قال سالته عن العقيقة واجبة هي قال نعم واجبة ورواية ابي المغرا
عن ابي الحسن عليه السلم قال العقيقة واجبة اذا ولد للرجل ولد الاشهر الاستحباب وهذه الاخبار مع قطع النظر عن سندها محمولة على
تاكد الاستحباب او ثبوته لانه معنى الوجوب لغة ويؤيد الثاني قول الصادق عليه السلم في رواية عمر بن يزيد والعقيقة اوجب من
الاضحية واما احتجاج السيد بالاجماع فلا يخفى حاله واعلم انه قال في المختلف لم يعتقد بالوجوب من الرتضى وابن الجنيد احتج المرتضى
برواية علي بن ابي حمزة وذكر الاحاديث وليس بجيد لان السيد لا يستند في مذهبه الى الاخبار الصحيحة فكيف يحتج بطرق الاحاد
بحجة ورواية علي بن ابي حمزة وهو صريح بكفره وكذا عن ابن من القران وانما وجهها المانوه من اجماع الامامية عليه كما اشار اليه
الانتصار وجعل الاجماع مستنده في اكثر مسائله وان كان في تحقيق الاجماع نظر لانه نادر في ذلك بحث قد تقدم عليه قوله
ولو تصدق بثمنها لم يجز في القيام بالسنة ولو عجز عنها اخرها حتى يتمكن ولا يسقط الاستحباب وتدل على ذلك رواية محمد بن مسلم
قال ولد لابي جعفر ع غلامان فامر زيد بن علي ان يشتري له جزورين للعقيقة وكان زمن غلا فاشترى له واحدة وعسرت
الاخرى فقال لابي جعفر ع قد عسرت على الاخرى فتصدق بثمنها فقال لا اطلبها حتى تقدر عليها فان الله عز وجل يحب اهراق الدماء
واطعام الطعام وروى عبد الله بن بكير قال كنت عند ابي عبد الله ع فجاءه رسول عمه عبد الله بن علي فقال له يقول لك
انا طلبنا العقيقة فلم نجدها فما ترى نتصدق بثمنها فقال لا ان الله يحب اطعام الطعام واراقة الدماء قوله ويستحب ان يجتمع فيها
شرائط الاضحية من كونها سليمة من العيوب سمينة قال الصادق عليه السلم اجزاؤه ما يجزي في الاضحية هذا مع الامكان ولو مع
عدمه يجزي فاقد الصفات لقوله عليه السلم لما سئل عن العقيقة انما هي شاة لحم ليست بمنزلة الاضحية يجزي عنها كل شيء وقوله العقيقة و
ليست بمنزلة الهدي خيرها اسمنها قوله وان يخص القابلة منها بالرجل والورك ولو لم يكن قابلة اعطي الام تتصدق به ففي صحيحة
الكاهلي وصحيحة ابي بصير عن الصادق عليه السلم وكثير من الاخبار تعطى القابلة الرجل مع الورك كما ذكر المص وفي رواية عمار تعطى
القابلة ربعها وان لم يكن قابلة فامه تعطيها من شاءت وهي اشارة الى ان مدفوعها به لا تختص بالفقراء بل يتادى السنة بصدقها
به على الغني والفقير ولو كانت القابلة يهودية لا تاكل ذبائح المسلمين اعطيت ربع قيمة العقيقة وروى ذلك عمار عن ابي عبد الله ع
قوله لو لم يعق الوالد استحب للولد ان يعق عن نفسه اذا بلغ ولو لم يعق عنه بلوغه بقي في عهدتها ما دام حيا القول المذكور الولد من
بعقيقته وكذا ابواه او تركاه ولو شك هل عق عنه ابوه ام لا استحب له ان يعق عن نفسه لان الاصل عدم عقيقة غيره ولرواية
عمر بن يزيد قال قلت لابي عبد الله ع اني والله ما ادري كان ابي عق عني ام لا قال فامرني ابو عبد الله عليه السلم فعققت عن نفسي وانا
شيخ وقال ع كل امرئ مرتهن بعقيقته والعقيقة اوجب من الاضحية قوله لو مات الصبي يوم السابع فان مات قبل الزوال سقطت
وان مات بعده لم تسقط ويدل على ذلك رواية ادريس بن عبد الله قال سالت ابا عبد الله عليه السلم عن مولود يولد فيموت يوم السابع هل يعق عنه ان مات قبل
الظهر لم يعق عنه وان مات بعد الظهر عق عنه قوله ويكره للوالدين ان ياكلا منها وكذا من في عيالهما حتى القابلة لو كانت منهم لقول
الصادق عليه السلم لا ياكل هو ولا احد من عياله من العقيقة وقال للقابلة ثلث العقيقة فان كانت القابلة ام الرجل او من عياله فليس

لها منها شيء ويجعل اعضاء ثم يطبخها او يقسمها ولا يعطيها الا اهل الولاية فقال لا ياكل واحد من العقيقة الا الام قوله ولا يكسر
شيئا من عظامها بل يفصل اعضاء وقد تقدم في الخبر السابق ما يدل عليه في قوله ويجعل اعضاء ويجوز فيه ثم يطبخها الى
السنة لقوى ابيته عليها المص وهي ان تطبخ بالماء ولا تشوى على النار ولا فرق بين ان يقتصر على طبخها بالماء والملح وبين ان يضيف
اليه اشياء الحوامض والحبوب وغيرها لتحقق الطبخ بالجميع ويستحب ان يدعى اليها المؤمنون وافضلهم عشرة وروى حفص الكناسي عن ابي
عبد الله عليه السلم قال ويدعى نفر من المسلمين فياكلون ويدعون للغلام وفي خبر اخر يطعم منه عشرة من المسلمين فان زاد فهو افضل
قوله واما الرضاع فلا يجب على الام ارضاع الولد ولها المطالبة باجرة ارضاعه وله استيجارها اذا كانت بائنا وقيل لا يصح
ذلك وهي في حباله والوجه الجواز عدم وجوب ارضاع الولد على الام مشروط بوجود الاب او وجود مال للولد ووجود مرضعة
سواها وقدرته على دفع الاجرة اليها او تبرعها والا وجب عليها ارضاعه كما يجب عليها الانفاق عليه حيث يكون الاب مفقودا او
معسرا فاذا اجتمعت هذه الشرائط لم يجب عليها بل يتعلق التكليف بالاب كما يجب عليه الانفاق عليه او لم يكن للولد مال والا كان
عليه من ماله ويدل على عدم وجوبه عليها قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وقوله فان تعاسرتم فسترضع له اخرى
ولو كان واجبا عليها لبينه ولما قال فان ارضعن لكم ولما حكم بان يرضع اخرى من غير تفصيل لانها اذا استحقت فقد حصل التعاسر
واما قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن فانه وان كان خبرا بمعناه الامر الا ان الامر مقيد بمن اراد ان يتم الرضاعة بالنسبة الى الحولين
فلا يدل على ان الامر مطلق ولو سلم حمله على الوجوب دليل اعلى ذلك قول ابي عبد الله عليه السلم لا تجبر الحرة على رضاع الولد وتجبر ام الولد و
لما الزمه الوجوب ويشمل اطلاق عدم وجوب الارضاع على الام اللبا وغيره نظرا الى عموم الادلة وهكذا اطلق الاكثر وفي جمع
نعم مرة في عدد الشهيد ارضاعها اللبا وهو اول اللبن عند الولادة محتجين بان الولد لا يعيش بدونه وهو مم بالوجدان ولعلهم ارادوا
الغالب والله لا يقوى ولا يشتد الا ابنية الاكثر وعلى تقدير وجوبه هل يستحق عليه اجرة قيل لا لانه فعل واجب فلا يجوز اخذ الاجرة
على الواجب ويكون مشروعة فان مالك الطعام يلزمه بذله للمضطر ولكن بالعوض باعتراف هذا القائل وان كان فيه خلاف وفيما
اذا تقرر ذلك فلا هنا الكلام في جواز استيجار الاب لها على ارضاعه على تقدير كونها مطلقة بائنا والزوج مستاجرها من سكتوه وهل يصح
استيجارها وهي في حباله الاشهر بين الاصحاب الجواز لعموم قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن الشامل للمطلقة وغيرها وفيه
نظر لان الاية مسوقة للمطلقات وليس محل النزاع ولاصالة الجواز كما يجوز استيجارها لرضاع غيره والقول بالمنع من استيجار الزوج لها و
هي في حباله للشيخ وكذا منع من استيجارها للخدمة ولخدمة غيره ولرضاع ولده غيرها مستندا الى انها عقدت على منافع لا تقدر على
ابقائها فان تزوجها فقد ملك الاستمتاع بها في كل وقت الا ما استثني من اوقات الصلوة والصيام فاذا لم تقدر على ابقائها كان العقد
باطلا كما لو اجر نفسه شهرا ثم اجرها ذلك الشهر لغير المستاجر وتجب بمنع ملك الزوج لجميع منافعها وانما ملك الاستمتاع و لا
يلزم من استحقاقه جميع الاوقات ملك غيره من المنافع ويظهر الفائدة في عدم استحقاقه استيفاء غير الاستمتاع وان لم يكن
لها التصرف فيه لحيث ينافي حق الزوج من الاستمتاع وان استاجرها للمنفعة لا يملكها فهنا استحقه من الزمان الذي يصرفه
الارضاع بالنسبة الى ايقاع استمتاع المستحق فيه ويظهر ثمرة الشيئية لو كان الزوج حق الاستمتاع لمرض او غيبة او نحوهما فان لها
التصرف في باقي منافعها لعدم المنافاة قوله ويجب على الاب بذل اجرة الرضاع اذا لم يكن للولد مال لان الرضاع من جملة النفقة
الواجبة للولد على الاب مقدما مع فقر الولد كما سيأتي ولقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى ظاهره في الاية
والاستدلال كقولك على فلان دين هو كناية عن اجرة الرضاع واطلق على الاب المولود له للتنبيه على ان الولد حقيقة للاب ولهذا نسب

اليه دون امه ووجبت عليه النفقة ابتداء ولو كان للولد مال فلا يجب على الاب بذل الاجرة لانه غني فلا يجب الانفاق عليه قوله ولا مانع
ان ترضعه بنفسها وبغيرها ولها المطالبة بالاجرة او استاجرها للرضاعة فان صرح بارادة تحصيل رضاعه بنفسها امرها فلا شبهة
في جواز الامرين واستحقاقها الاجرة المسماة وان شرط ارضاعه بنفسها تعين ولا يجوز ان ترضعه بغيرها فان فعلت فلا اجرة
لها وان اطلق بان استاجرها الارضاع فهي مسالة الكتاب والمشهور حينئذ جواز ارضاعه بنفسها وغيرها ولا نهاح لغير مطلق
ومن شانه جواز تحصيل المنفعة بنفسه وغيره وقيل لا يجوز لاختلاف المراضع في الحكم والخواص وولالة العرف على مباشرتها
حق فيل انه يجب تعيين المرضعة في العقد لما فيه من تعيينها عند الاطلاق والاقوى الرجوع الى العرف فان لم يتفق واضطرب جاز ان
ترضعه بنفسها وبغيرها ولا فرق في الحجر بين حال نهاره وغيره وحيث جاز استحقت الاجرة والانفاق قوله هو للمولى اجبار امته
على الرضاع لانها ملوكة للمولى ومنافعها اجمع مستحقة له سوى في ذلك منافع الاستمتاع وغيرها بالخدمة والرضاعة ولا فرق في ذلك
ام الولد وغيرها لاشتراكهما في المقتضي وذكر ام الولد في الرواية السابقة لا يقتضي نفي الحكم عن غيرها قوله ونهاية الرضاع حولان
يجوز الاقتصار على احد وعشرين شهرا لا خلاف بين اصحابنا في ان مدة الرضاع الاصلية حولان كاملان لقوله تعالى والوالدات يرضعن
اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة وظاهر الاية كون تمام الرضاعة حولين وهو لا ينافي جواز النقص عنهما وقد جوز اصحابنا
الاقتصار على احد وعشرين شهرا لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا فاذا حملته بتسعة اشهر وهو الغالب بقي فصاله وهو مدة رضاعه
احد وعشرين شهرا او رواية سماعة عن ابي عبد الله عليه السلم قال الرضاع احد وعشرون شهرا فما نقص فهو جور على الصبي وظاهرهم الاتفاق على
ذلك وصوغ القول بان اكثر الحمل تسعة اشهر ولا يزيد والا لم يتم التعليل الا في ولد يولد في التسعة فلو ولد الستة اشهر وسبع اشهر
كان ذلك الحمل وما بقي من الثلثين فصاله والاية لانه اعلى او يدل على ذلك والرواية ضعيفة السند وقد روى عن ابن عباس ان من
ولد لستة اشهر ففصاله في عامين ومن ولد لسبعة فمدة رضاعه ثلثة وعشرون شهرا ومن ولد لتسعة فاحد وعشرون وهو قول
موجه جامع بين الايات وعلى قول من جعل اكثر الحمل عشرة اشهر او سنة من اصحابنا يشكل تعين احد وعشرين شهرا للرضاع ان
لم يكن اجماعا مالقاعدة العمل خلافهم وكيف كان فالعمل على المشهور ويكفي فيه البناء على الغالب في الحمل واما الزيادة على الحولين فتقتضي
الاية انه ليس من الرضاعة لتمامها بالحولين لكن ليس فيها ما يدل على المنع من الزيادة وفي صحيحة سعد بن سعد الاشعري عن الرضا ع
قال سالته عن الصبي هل يرضع اكثر من سنتين فقال عامين فقلت فان زاد على سنتين هل على ابويه من ذلك شيء قال لا والمعتمد
الجماعة فيتقيد ولا بشهر وشهرين وذكروا انه مروي وهل يقدر بفعله لا تستحق الام على ابيه اجرة الزائد ولا يجب على الجلاد بين من
اشكال وانما يتم على تقدير عدم حاجة الولد البنا اما لو احتاج اليه لمرض ونحوه بحيث لم يتكن غذاؤه بغير اللبن كان اللبن حينئذ كالنفقة
نعم استحقاق الام عليه اجرة مطلقا لا يخلو من نظر الا ان عمل الاصحاب ورواياتهم على ذلك فلا يعمل بخلافه قوله والام احق
بارضاعه اذا طلبت ما يطلب غيرها ولو طلبت زيادة كان للاب نزعه وتسليمه الى غيرها ولو تبرعت اجنبية بارضاعه وطلبت
الام بالتبرع فهي احق به وان لم ترض فللاب نزعه وتسليمه الى المتبرعة كون الام احق بارضاع الولد اذا تبرعت به او طلبت ما
يطلب غيرها او لا كان الاب احق به هو المشهور بين الاصحاب على جواز استيجارها للارضاع مطلقا والشيخ على الاصل السابق
من انها اذا كانت في عصمة الزوج ليس لها اخذ الاجرة فلا يكون في تلك الحال احق الا ان تتبرع به وان كانت مطلقة فهي احق
به لكمال شفقتها ويدل عليه قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن ومع امتناع الاب لاجل المتبرعة او بان تاخذ
اقل بقي ما دل قوله تعالى فان تعاسرتم فسترضع له اخرى الدال على جواز اخذه منها وتسليمه للاخرى والاية مسوقة للمطلقات

كما اشرنا اليه سابقا فاذا جاز للام اخذ الاجرة على الارضاع ودخلت في الحكم بطريق اولى ... حكم المطلقة ايضا ولم يرتق الصباغ
الكناني عن ابي عبد الله عليه السلم قال اذا طلق الرجل المراة وهي حبلى انفق عليها حتى تضع حملها فاذا ارضعته اعطاها اجرها ولا يضارها
الا ان يجد من هو ارخص منها فان هي رضيت بذلك الاجر فهي احق بابنها حتى تفطمه فعلم التسخ و... عن بعض العلماء ان الام
احق بالولد حتى تطلب اجرة المثل فان وجد الاب من يأخذ اقل او يتبرع لعموم قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن والمساواة
لمحل النزاع وقواه ابن ادريس واحتج الشيخ للقول الاول بقوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له اخرى وهنا اذا طلبت الاجرة وجد
غيرها متطوع فقد تعاسرا واجاب عن الاية الاخرى بانها تقيد لزوم الاجرة ان ارضعت وذلك لا خلاف فيه وانما الكلام في انه
يجب دفع المولود اليها ام لا وليس ذلك في الاية ويجب عنه بان المراد من قوله فان ارضعن لكم اردن الارضاع فيدل على
كونها احق بالاجرة مطلقا وقوله تعالى وان تعاسرتم امرية الارضاع وعدمه بان تمتنع من فسترضع له اخرى لا ما اذا طلبت الاجرة وفيه
نظر لان الاحتمال على خلاف الاصل والتعاسر اعم من وقوعه على الارضاع وعدمه على الاجرة ولا يرد انه يلزم على القول الاخر الاعطاء
لان الاجرة تملك بالعقد وقد علق الامر بدفعها على الفعل لا بالاجرة وان ملكت بالعقد على تقدير وقوع صيغة الاجارة الا ان
دفعها لا يستحق الا بالعمل والامر في الاية وقع بايتاء الاجرة بعد حصول ملكه على ان استحقاقها الاجرة غير موقوف على عقد الاجارة
بل يكفي في الفعل مع قصد الاجرة وعدم التبرع فيكون حكمها في استحقاق الاجرة وملكها كالجعالة لا تستحق الا بالعمل ولا بد في
تمامه من تمام الارضاع بل حصول اسماء للمقابل للاجرة كما يقتضيه الاية **قوله** لو ادعى الاب وجود متبرعة وانكرت الام فالقول قول الاب
لانه يدفع عن نفسه وجوب الاجرة على تقدير ... كون الام منكرة لما يدعيه من وجود المتبرعة والاصل عدمه فيكون القول
قولها لا انه المدعي ... وهو يدعي اسقاطه بوجود المتبرعة والاصل عدم سقوطه الى ان يثبت وما ذكره المصنف ان الاب شغل
ذمة الاب بالاجرة وهو ينفي ذلك عن نفسه والاصل براءة ذمته منها ولانه يعسر عليه اقامة البينة على ما يقوله فيصدق
بيمينه وهو قول الشيخ في ط وهو اشهر **قوله** ويستحب ان يرضع الصبي بلبن امه فهو افضل وجه الافضلية كونه اوفق بمزاجه
لتغذيه منه في بطنها حال كونه دما وقد تكامل بصورة اللبن بعد الولادة فيبقى اقرب الى عادته من غيره ... ما من لبن رضع به الصبي اعظم بركة عليه من لبن امه ... في الرواية في التعبير بالصبي دون الولد الشامل للذكر والانثى مع
اشتراكهما في الحكم وفي لفظ اللبن وقد قال اهل اللغة انه لا يطلق الا على لبن الادميات ... من الناقة والبقرة والشاة قال ابن السكيت
هو اخو بلبان امه بكسر اللام ولا تقول بلبن امه **قوله** والحضانة ... الحضانة بالفتح ولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما
يتعلق بها من مصلحة حفظه وجعله في سريره ورفعه وكحله ودهنه وتنظيفه وغسل خرقه وثيابه ونحو ذلك وهي بالانثى
اليق منها بالرجل لمزيد شفقتها وخلقها المعد لذلك بالاصل **قوله** والام احق بالولد مدة الرضاع وهي حولان ذكرا كان او
انثى الى اخره لا خلاف في ان الام احق بالولد مطلقا مدة الرضاع لو كانت متبرعة او رضيت بما يأخذه غيرها من الاجرة فيجتمع لها حق
الرضاع والحضانة ولها الاجرة على الارضاع على ما مضى دون الحضانة لاحتياج الطفل زيادة على الرضاع والحضانة ولها على الاب
الموسر او مال الولد ان كان له مال كاجرة الارضاع ... لغسل ثيابه ... فانه على الام لانه من
متعلقات الحضانة وكذا القول في غيرها ممن يثبت له الحضانة وهذا الكلام فيه ... بعد الحولين فقد اختلف الاصحاب
في مستحق الحضانة من الابوين بسبب اختلاف الاخبار فمن بينها ان الام احق بالولد مطلقا ما لم تتزوج وهو الذي رواه العامة ايضا عن
النبي صلى الله عليه وآله وفي بعضها انها احق به الى سبع سنين وفي بعضها الى تسع وفي بعضها الى الاب احق به وليس الجمع فرق بين الذكر والانثى ولكن

من جملة جمع بين الاخبار فحملها على الحولين ... الاب على الذكر لانه انسب بحاله ... ولو شاء الام على الانثى لذلك
ولان فيه مع المناسبة الجمع بين الاخبار ... الاخبار الجديدة بالتبع لانها الاكثر واشهر ومع ذلك فليس للكافر حجة ...
ضعيفة ... مرسل ... لتقديره وكذلك لحضانة الام حيث يثبت شرط ... احدها ان تكون مسلمة اذا كان الولد مسلما
فالكافرة لا حضانة لها على الولد المسلم باسلام ابيه لانه لاحظ له في تربية الكافرة لانها تفتنه عن دينه وهو ينشأ على ما
منها ولانه لا ولاية للكافرة على المسلم للاية ولو كان الولد كافرا تبعا لابويه فحضانته لها على الاصل ... ولو وصف الولد بالاسلام نزع من اهله ولم يمكنوا من كفالته لئلا يفتنوه عن الاسلام الذي قد مال اليه وان لم يصح اسلامه وثانيها
ان تكون حرة فلا حضانة للرقيقة لان منافعها للسيد وهي مشغولة بخدمته عن الحضانة ولانه نوع ولاية واحكام
بالحفظ والتربية والرق لا ولاية له ولو اذن السيد ثم يتبرع ... ان كان الولد حرا فحضانته له الحضانة بعد الام من الاب
عيره وان كان رقيقا فحضانته على السيد ولو كانت الام حرة والولد رقيقا فالحضانة للسيد ... او نحو ذلك
فلا حضانة للسيد والمدبرة والمكاتبة وام الولد والمعتق بعضها كالقنة ولو كان نصف الولد حرا ونصفه رقيقا
فنصف حضانته للسيد والكاتبة ونصفه للام اوس على حضانة الابوين الاحاديث فان اتفقا على المهاياة او على استيجار
من يحضنه او رضي احدهما بالاخر فذاك وان تنازعا فالحضانة ... والسيد الحاكم من يحضنه واوجب المؤنة على السيد ومن ينفق
للحال الاتحاد ... وليس هذا كتراحم المتعددين في درجة واحدة على الحضانة كما سيأتي لان المالكين هنا ... في جميع
الحضانة ... فلا يتوجه القرعة هنا وثالثها ان تكون عاقلة فالمجنونة لا حضانة لها لان المجنونة لا تتأتى منها الحضانة
والتعهد بل هي في نفسها تحتاج الى من يحضنها ولا فرق بين ان يكون الجنون مطبقا او منقطعا الا اذا وقع نادرا او لا
تطول مدته فلا يبطل الحق بل هو كمرض يطرأ ويزول ولو حق الخاق المرض المزمن الذي لا يرجى زواله كالسل والفالج بحيث يشغله
الالم عن كفالته وتدبير امره ... لمباشرة الحفظ ... وان امكن ... عدم سقوط الولاية مع التمكن من
تحصيلها بالاستنابة ... الجنون ... الشهيد ... الخلط العقد ولا بد منه وخامسها ان تكون فارغة من حقوق
الزوج فلو نكحت سقط حقها من الحضانة للاخبار الدالة عليها ومنها ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء
وثديي له سقاء وحجري له حواء وان اباه طلقني واراد ان ينتزعه مني فقال النبي صلى الله عليه وآله انت احق به ما لم تنكحي ولان النكاح يشغلها
بحق الزوج ويشغلها عن الكفالة ولا اثر لرضا الزوج كما لا اثر لرضا السيد بحضانة الامة لاختلاف الحق وقد يحصل تشويش امر
المولود ولا فرق عندنا بين ان تزوج بمعتبر في الزوج وعدمه ولا بالطلاق البائن وعبر الشرط ذكره المصنف في باب العهد وخامسها ان تكون
امينة فلا حضانة للفاسقة لان الفاسق لا يلي ولانها لا يؤمن ان تخون في حفظه ولانه لاحظ له في حضانتها لانه ينشأ على
طريقتها ... الولد ... التي فيها ... هذا الشرط لم يذكره المص وقد اعتبره الشيخ وابو التهذيب في
قواعد ... في ولاية الاب ... العدالة ... ويمكن الجمع بين عدم اشتراط العدالة ...
اشتراط عدم الفسق لثبوت الاصل عند الاكثر ... المانع ظهور الفسق لما يترتب عليه من الاخطار ... عن
المستورين وان لم تظهر عدالته ... المعتبرة المتأخرون وسادسها ان تكون مقيمة فلو انتقلت الام ... بقصد
الصلوة ... حقها من الحضانة عند الشيخ في ط ... عن قوم ... وان كانت الام
منتقلة فان انتقلت عن قرية الى بلد فهي احق وان انتقلت من بلد الى قرية فالاب احق لان في السواد يقل تعليمه وتخرجه قال

الشيخ رحمه الله بعد نقل ذلك وهو قوي ... يطول ... لم يستحق الولد سقطت حضانتها ايضا فيكون ...
سابعها ذكره الشهيد في قواعده ونقل شرطا ثامنا ان لا يكون بها مرض معدي من جذام وبرص لما يترتب على حضانتها من خوف
الضرر على الولد فقد قال صلى الله عليه وآله فر من المجذوم فرارك من الاسد ويحتمل عدم السقوط بذلك القول النبي صلى الله عليه وآله لا عدوى ولا طيرة وهذا
الشرطان لم يذكرهما الاكثر **فرع** لو كان الولد خنثى مشكلا الحق بالذكر او بالانثى ... استحقاق الام حضانة
الثابت ... تمام الحولين للشك ... الذكورية ولم يتحقق ... الانوثية ولم يعلم
الحاقه بالانثى ... الحكم ... عموم الاخبار الدالة على استحقاقها الولد ...
لمناسبة ... **قوله** ولو وجدت الام سقطت حضانتها عن الذكر والانثى وكان الاب احق بهما ...
بعد الاب ... وانما الطلق ... الاطلاق والاخبار لكنها ... على ذلك ... العام ويحتمل عموم الحكم
الى الاحلاق ولا فرق في سقوطها ... بين دخول الزوج بها وعدمه وان كان المانع ظاهرا ... الزوج اللعم
وحيث تسقط ولايتها عنه ينبغي ان لا يمنع الولد من زيارتها والاجتماع بها لما في ذلك من قطع الرحم ثم ان كان ذكرا ترك يزور
امه وان كان انثى فامها تأتيها زائرة لان الجارية لا يصلح لها الخروج بخلاف الام فاذا ارادت زيارتها ... من
في بيت المطلق ... حال الصحة ... المريض ...
عليه ... وان مرضت الام لم يمنع الولد من ... لكل الولد ...
تولت ... ولا تشيع جنازته ...
الولد ... **قوله** ولو مات الاب كانت الام احق بها
من الوصي ... اي اذا مات الاب ... الحضانة ... الوالدة ... بعد الحولين او بعد المدة ... شرط الحضانة في
الام انتقلت الحضانة الى الام وكانت احق بها من وصي الاب وغيره من الاقارب ... عدم الفرق بين كون الام متزوجة
وعدمه وان مانع التزويج انما يمنع مع وجود الاب ... بين الاب ...
تزوج ... العلامة ... الابعاد ...
نظر الى ... الحضانة ... بالتعليل المذكور ... الزوج ... وانما ... بالتعيين
التزويج ... مع وجود الاب ... اولوية الام وان كانت ... والتعليل
المذكور ... **قوله** وكذا لو كان الاب مملوكا او كافرا كانت الام الحرة احق بها وان تزوجت ... من الشرائط
المعتبرة في الام ... التزويج ... الحرية والاسلام ... الاب المملوك ...
حقيقة ... الرق ...
...
...
وان كانت ... مع وجود المانع للاب عن الحضانة بالرقية والفسق ... على مانع الكفر ...
عندها من الموانع ... الحاقه ...
ولذلك الحق ... الكلام في باقي الموانع ...

الشرائط في غير الكفر والرق ... الحكم عليها ... الاب ... مع الام مع ... شرائط الحضانة فيه
التي من جملتها الاسلام والحرية والعقل والامانة والحضور والسلامة من الامراض المعدية على الخلاف في اختلال شرطها من شروطها فانه
فالام احق بالولد مطلقا الى ان يبلغ وكذا لو مات الاب ... شرطها من شروطها فالاب احق ... ومتى ... احدهما انتقل
الحق الى الاخر مطلقا واشتراط عدم تزويجها انما يعتبر في ترجيحها على الاب مع ... الشرائط فيه خاصة **قوله** فلو اعتق كان حكمه
حكم الحر ومثله ما لو اسلم الكافر او تعدل الفاسق او عقل المجنون ... المسافر وقد تقدم في الرواية ما يدل على حكم
اذا اعتق ... عليه ... الباقي نظرا الى الاشتراك في المعنى ولان الولاية ثابتة بالاصل وانما تخلفت لفقد
شرط فاذا ... حصل ... الاسباب موانع ... عدم العود ... بالنص ...
الشرط ... الى دليل ... الام احق بحضانة الولد ... النزاع و
الخلاف ... **قوله** فان فقد الابوين فالحضانة لاب الاب فان عدم
قيل كانت الحضانة للاقارب ... اعلم انه لا نص في مستحق الحضانة على الخصوص سوى الابوين ... من الاجداد
والجدات والاقارب ... الاصحاب في حكمهم ... فاكثرهم ... الحكم منها الى باقي الاقارب ... الارحام على ترتيب
الارث لعموم قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله فان الاولوية تشمل الارث والحضانة ...
ولان الولد مضطر الى التربية والحضانة فلا بد في الحكم من ... والقريب اولى بها من البعيد وعلى هذا فمع فقد
الابوين ينظر في الموجودين من الاقارب ... لو كان وارثا ... الحضانة ثم ان اتحد اختص ...
... الابوين يكون الحضانة لاب الاب
... من الاخوة والاجداد والجدات ... في الارث وهذا هو الذي قطع به المص ...
... الشيخ ... الحضانة على الابوين ...
من غيره من الاقارب ولانه اولى بالمال فيكون اولى بالحضانة ...
ام الام عليه ... على الاب ... الحضانة ... الاب اولى
من الام وكذا الجد ... من غير الابوين من الاقارب وانما استنبط حكمهم من اية اولي الارحام
وهي لا تدل على ... في درجته ... عدم الابوين ينتقل الحكم الى الاجداد دون
الاخوة وان شاركوهم في الارث ولا يفرق بين الجد للاب وغيره ... في مراتب الارث وهو ...
... حكم الاجداد مع التعدد ... الاب والام ... الاب ...
فان لم يكن ... الام ... ابن الجنيد ...
كان الباقي احق به من قرابة الميت ... من قوم البطن ...
مقام من هي له قرابة في ولاية الولد ... من قرابة الاب ... لحكم النبي صلى الله عليه وآله بابنة حمزة
لخالتها دون امير المؤمنين وجعفر ... ابنة عمهما جميعا وقال امير المؤمنين عليه السلم ان عندي ابنة رسول الله
وهي احق بها ... الخالة ... الابوين ...
المسألة اقوال اخر ... والكل ... اية اولي الارحام لا تدل على شيء مما ذكره وانما تقيد ... الحضانة على مراتب الارث

كما اسلفناه وهو يدل على تقديم الاخوة والاجداد على غيرهم من الاقارب ولا يفيد تقديم الاجداد على الاخوة الا ان يجعلنا الجد
ابا والجدة اما حقيقة جنسا ولهما ولا على اصل الحكم ويقدم كل منهما حيث يقدم من يحجب به ويلزم ح تقديم الجدة للام على
الاب حيث يتقدم من يتلقى الحضانة عن الاب من غيران يا خذها بالاصالة ثم الجدة لام كانت ام لاب اولى من العمة او الخالة
معه كان الجد اولى من العم والخال والادنى من كل منهما اولى من العليا ذكورا واناثا ولا اعتبار بكثرة النصيب وقلته ولا
بالتقرب بابوين مع تقرب الاخر بسبب واحد مع اشتراكهما في الارث والجميع ذكر ونبه على تقديم الانثى فيما خرج تقديم الام
على الاب وكون الانثى اوفق بتربية الولد واقوم بمصالحه فيعتبر اشباه الانثى واطلاق الدليل المستفاد من الاية يقتضي
التسوية بينهما بين كثير النصيب وقليله لاشتراك الجميع في القرب المقتضي للاشتراك في الارث نعم لو بحث وجه تقديم
الخالة لمكان تعليلها بكون الخالة اما ودلالة الاية ويكون ح ان يستثنى من العموم كما استثنى الاب بتفصيلها من الاية
المقتضية للتسوية بينهما وانما تقديم الخالة على ابن العم وبنت ابن العم فواضح الاية لانها اقرب منهما قوله قال الشيخ اذا
اجتمعت اخت لاب واخت لام كانت الحضانة للاخت من الاب لم هذا القول ذكره الشيخ في ح وط محتجا على التقديم باية اولى
الارحام وان كثرة النصيب يدل على زيادة القرب مع انه في ط في موضع اخر قال وان قلنا انهما سواء ويقرع بينهما كان
قويا والمص تردد في الموضعين احدهما اصل استحقاق الاختين في الحضانة نظرا الى ما اسلفناه من عدم النص عليه بخصوصه
في غير الابوين ومن عموم اية اولى الارحام والثاني على تقدير استحقاقهما في اولوية من نصيبه اكثر على من يشاركه في الميراث
من ان الاية تقتضي تساويهما من حيث تشاركهما في الميراث وان تفاضلا ومن ان كثرة النصيب تدل على زيادة القرب كما
ان زيادته توجب الترجيح في المراتب فكذا في المرتبة نفسها والاقوى تساويهما في الاستحقاق لما قررناه من تناول الاية لهما
من ثم اشتراكهما في اصل الارث وكذا القول في ام الام مع ام الاب لزيادة النصيب لاشتراكهما في اصل الارث بل قيل بتقديم
ام الام لانها بمنزلة الام معتقة قوله قال في ح وكذا لو كانت الجدة اولى الاخ الام هذا قوله في ح وحجته انها ام
لو قلنا انها اتحقيقية لدخل في الفصل السابق وعموما ومن ثم يجمع سلبها عنه مطلقا انها البنت امام ام ام وذهب في ط
الى تساويهما في استحقاق الحضانة لاشتراكهما في اصل الارث منصا ولعله اية اولى الارحام وهو اقوى وح فيقرع بينهما
اذا اعمة وخالة فهما سواء في هذا القول مبني على الرجوع في اصل الارث لا الى العداد وقد تقدم الكلام فيه والخلاف مذهبه في
ذلك وما اعتناه هنا اقوى لما ذكر قوله قال اذا حصل جماعة متساوون في الدرجة كالعمة والخالة قرع بينهم في نسبة
القول بالقرعة الى الشيخ يؤذن بعدم ارتضائه او تردده فيه ووجهه ان الاشتراك يقتضي التسوية بين المستحقين فيه الا انه
يتولى كل واحد منهم الولد دفعة وتحد بالمتناوب والمهاياة والقرعة ثابتة في النص حيث يستلزم الاشتراك والتناوب الاضرار
بالولد والخلاف امره والقرعة لازمة للحضانة وفي الاقوى وحيث يخرج احدهما بالقرعة يستقر له الاستحقاق الى ان يموت
او يعرض من حضره فينتقل الى غيره ان اتحد الا فتقر الى القرعة ايضا وهكذا قوله اذا اكملت الام للرضاع حوة ولدة
من عيرها فله تسليمه الى الاجنبية لحرمت الرضاع وهو انها حقان متغايران بتفاصيل من سقوط احدهما عن احدهما سقوط
الاخر وحق الحضانة ليس شرطا والدوس لزوم الحرج بتردد المرضعة اليها في كل وقت يحتاج الولد الى الارضاع ولا قوله
الصادق عليه السلام في رواية داود بن الحصين فان وجد الاب من يرضعه باربعة دراهم فان لم ابن نزعه منها الحديث وهو الاقوى لمختاره
الشيخ في الاول الخبر والعرب ذلك لا يبلغ اسقاط الحق الثابت والخبر منفصل لسنده ويمكن حمله على نزعه من جهة الرضاع لا يبلغ

اسقاط الحق الثابت والخبر ضعيف السند وعلى هذا اتفاق المرضعة اليه ان امكن والحمل اليها وقت الحاجة فان تعذر جميع ذلك
سقط حقها من الحضانة ح ان لم تتبرع في الارضاع والى ان توجد مرضعة تاتي اليه او يمكن نقله اليها كما لا حفظ الولد ويجب
بتم الانداك والحضانة ويحتمل ح قوله اذا بلغ الولد رشيدا اسقطت ولاية الابوين عنه لحوق لا فرق في هذا بين الذكر والانثى وهو
موضع وفاق لكن يكره للبنت مفارقة امها الى ان تتزوج وقد روي باثبات التخيير بعد البلوغ والرشد على خلاف نقل العامة
حيث اثبتوه بعد التمييز ويكون عند من اختار منهما وروي ان النبي ص خير غلاما بين ابيه وامه وبين اختها البنت
وبعضهم خص التخيير بالذكر ولم يثبت ذلك عندنا والى عدم التخيير ذهب ابو حنيفة ومالك قوله اذا تزوجت سقطت
حضانتها فان طلقها رجعية فالحكم باق لحق القول بالرجوع للشيخ والاكثر لان المانع من حضانتها من حق استغالها بحق
الزوج عن الحضانة واذا زال المانع رجع الحق فبقي المقتضي لاستحقاقها سليما عن المعارض ولقولهم في الخبر السابق انت
احق به ما لم تنكحي وهي الان غير ناكحة ويبقى في الرجعية وكذا ان طلقها الزوج في حيض بالطلاق البائن فتى في عدة لانكح فيها فتكون
احق به والقول بعدم الرجوع لابن ادريس محتجا بان الحق خرج عنها بالنكاح فعوده يحتاج الى دليل والرسول ص جعل غاية
الاستحقاق للحضانة التي تستحقها الام تزويجها وقد تزوجت فخرج الحق منها على المشهور ولو سلمت ثانيا سقط
حقها الى ان تخرج من الزوجية فتعود اليها وهكذا ابدا والمعتدة رجعية بمنزلة الزوجة ولهذا يجب الانفاق عليها فلا تستحق
الا بانقضاء العدة بخلاف البائن ومثله ما لو اسلمت الكافرة او افاقت المجنونة او اعتقت الامة او صح حال الفاسقة
تثبت لها الحضانة لارتفاع المانع وخاصة الكلام بالمطلقة قوله النظر الخامس في النفقات ولا يجب النفقة الا باحد اسباب
ثلثة الزوجية والقرابة والملك لوجوب النفقة اسباب ثلثة ملك النكاح وملك اليمين وقرابة البعضية والاولان يوجبان النفقة
للمملوك على المالك دون العكس لاشتغال المملوك وكونه محبوسا بسببه فرقة لينتفع المالك وجبر بالحديد من التعب بالعمل
بمؤنته والثالث يوجب النفقة لكل واحد من القريبين على الاخر لشموله على البعضية والشفقة والاصل في السبب الاول
قبل الاجماع قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه
رزقه فلينفق مما اتاه الله ومن السنة ما روي ان هند امراة ابي سفيان جاءت الى رسول الله ص فقالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح
لا يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذ منه سرا وهو لا يعلم فهل علي في ذلك من شيء فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف
واستفاد من الخبر فوائد وجوب نفقة الزوجة والولد فوائد الاولى انه يجوز للمراة الخروج من بيتها للاستفتاء الثانية ان
صوتها ليس بعورة والا لمنعها من ذلك لان تقريره كفعله وقوله الثالثة انه يجوز لمن منع حقه ان يشكو ويتظلم ممن له
الرابعة ان الشكوى الرابعة انه يجوز ذكر الغائب بما يسوءه عند الحاجة فانها وصفته بالشح الخامسة انه يجوز لمن له حق على
غيره وهو ممتنع ان يأخذ من ماله بغير علمه السادسة انه لا فرق بين ان يكون من جنس حقه او من غير جنسه ولذا اطلق لها الاخذ
مقدر الكفاية السابعة انه يجوز للقاضي ان يقضي بعلمه الثامنة انه يجوز القضاء على الغائب وقد يقال انه هذا انما فتوى وليس قضاء
بنفس التاسعة ان الام يجوز ان تكون قيمة الولد فانه جوز لها الاخذ والانفاق مع وجود الاب لامتناعه لكن بيت عليه انه نصب الحكم
لها العاشرة ان المرجع في نفقة الزوجة والولد الى العرف ولا تقدير لها شرعا قوله التمكين الكامل وهو التخلية بينها وبينه
بحيث لا يختص موضعا ولا وقتا فلو بذلت نفسها في زمان دون زمان او مكان دون اخر مما يسوغ فيه الاستمتاع لم يحصل التمكين
المراد تخلية الزوجة بين نفسها وبين الزوج بحيث لا تختص بالتخلية موضعا كبيتها وبلدها ودون اخرى بل في كل مكان اراده

الزوج فيما يصلح للاستمتاع بحسب حالها وكذلك الزمان ويمكن ان يريد بالمكان ما يعم البدن كالقبل وغيره مما يسوغ فيه
الاستمتاع وكلاهما معتبر في التمكين وان كان الاول الظاهر في المراد وهذا التمكين يحصل القولين الاتيين لان كل الايقاع تمكينا
كاملا ممن لو لم تمكن كالوسع نفسها في زمان ومكان او وصف يسوغ فيه الاستمتاع فان جعلنا التمكين شرطا فظاهره وان
جعلنا النشوز مانعا كان حقوطا في تحقق معناه فلا بد من قبل تحقق محل الخلاف واعلم ان الظاهر من كلام الاصحاب وصرح
بعضهم ان التمكين لا يكفي حصوله بالفعل بل لا بد من لفظ يدل عليه من قبل المراة بان تقول سلمت نفسي اليك حيث شئت واي
زمان شئت ونحو ذلك فلو استمرت ساكتة وان مكنته نفسها بالفعل لم يكف في وجوب النفقة ولا يخفى ما في هذا من الاشكال
قوله وفي وجوب النفقة بالعقد او بالتمكين تردد واظهره بين الاصحاب وقوف الوجوب على التمكين اعلم ان الشيء قد يثبت في الذمة
ويتاخر وجوب تسليمه كالدين المؤجل ولا خلاف في ان وقت وجوب التسليم في النفقة صبيحة كل يوم وفي الكسوة اول الفصل
الشتاء وذلك بعد حصول التمكين والخلاف في ثبوتها في الذمة ولا ريب ان النفقة تعلقا بالعقد والتمكين جميعا فانها
لا تجب قبل العقد ولو نشزت بعد العقد لم تطالب بالنفقة واختلف في انها تجب بالعقد كالمهر او بالتمكين لدلالة الادلة
على وجوبها للزوجة من غير تقييد غايته ان النشوز لما ثبت انه مانع من وجوب الانفاق كان الشرط عدمه وهو المانع فاذا لم
يوجد المانع بقي الوجوب المعلق على الزوجية للاصالة انما يعتبر فالعقد يثبت والنشوز يسقط ولانها يجب المرتبة والانفاق وكل
منهما بالعقد بموجبه ابدل بالتمكين لان المهر يجب بالعقد كالمهر ولا يوجب عوضين مختلفين ولان النفقة مجهولة الجملة والعقد لا يوجب مالا
مجهولا ولان النبي ص تزوج ودخل بعد سنتين ولم ينفق الا بعد دخوله ولقوله ص اتقوا الله في النساء فانهن عوان عندكم
اتخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف اوجب لهن ذلك اذا كن عند الرجال
وصرن اهلا للتمكين ولان الاصل براءة الذمة من وجوب النفقة وخرج منه حالة التمكين بالاجماع فيبقى الباقي على الاصل وفي جميع
هذه الادلة نظر لان عدم ايجاب العقد عوضين مختلفين وعدم ايجابه مالا مجهولا مجرد دعوى واستبعاد فقد دل الدليل
على خلافهما فان الاية الدالة على وجوب الانفاق على الزوجة من غير تقييد تدل على ان العقد اوجب النفقة على ذلك الوجه
اي مانع من ايجاب العقد امرين مختلفين كما في شراء الدابة والمملوك فان العقد يوجب الثمن كالمهر ويوجب الانفاق المجهول ايضا شرطا اجماعا
وعدم انفاق النبي ص قبل الدخول لو سلم لا يدل على عدم الوجوب بل ولا على الاكتفاء الخبر بل على خلاف مطلوبكم لان الصغيرة قوله
ولهن عليكم رزقهن يعود الى النساء المستدبر كرهن وهن اعم من الممكنات وصفهن بالوصف لا يدل على التمكين الذي
كونه شرطا والسبب لان استحلال فروجهن يحصل مع التمكين التام وعدمه واصالة البراءة انما تكون حجة مع عدم دليل ناقل
عنه لكنه موجود وهنا عموم الادلة على وجوب نفقة الازواج والاصل عدم التخصيص حتى على حال الاطلاق بين الاصح والقول
الثاني كما اشار اليه المص وتظهر فائدة القولين في مواضع يذكر المص بعضها ومنها ما لو اختلفا في التمكين فقالت المراة سلمت
نفسي اليك من وقت كذا وانكر فان قلنا ان النفقة تجب بالتمكين فالقول قول الزوج وعليها البينة لاصالة عدم التمكين وان
قلنا تجب بالعقد فالقول قولها لان الاصل استمرار ما وجب بالعقد وهو يدعي السقوط فعليه بينة النشوز المسقطة ومنها
ما لو لم يطالبها الزوج بالزفاف ولم تمتنع هي منه ولا عرضت نفسها ومضى على ذلك مدة فيجب النفقة على الاول دون الثاني
وسيأتي الكلام فيه قوله ومن فروع التمكين ان لا تكون صغيرة يحرم وطء مثلها سواء كان زوجها كبيرا او صغيرا ولو امكن
الاستمتاع منها بما دون الوطء كان بالنسبة الى وجوب الانفاق وعدمه اما ان يكونا صغيرين لا يصلحان للاستمتاع او كبيرين او الزوج

صغيرا والزوجة كبيرة او بالعكس فهذه اربع صور فهذان الحكم الاربعة والحاصل منها ان تمكين الزوجة للزوج من الاستمتاع لما كان معتبرا في وجوب
النفقة والمراد ما كان مقصودا بالذات وهو الوطء اذ هو من مقدماته انما يقصد بالتبع ولم يتحقق التمكين من الصغيرة التي يحرم
التمتع سواء مكنت ام لا لتحريم وطئها شرعا وعدم قبولها لذلك عادة وبهذا يفرق بينها وبين الحائض حيث يحلها في تحريم
الوطء وامكانه فان الاستمتاع بالحائض يمكن حتى بالوطء على بعض الوجوه بخلاف الصغيرة لعدم صلاحيتها لذلك فلا يجب على الزوج
الانفاق عليها اذ لا على وليه ولو كان صغيرا لفقد الشرط والمعتبر في الصغر هنا من لا يصلح للجماع ولا يتاتى منه ولا يتلذذ به وبكبيرة
من يتاتى منه ذلك لا ما يتعلق بالتكليف وعدمه فالمراهق كبير هنا ومحل الكلام فيما اذا عرضت الصغيرة عليه نفسها او وليها اما لو
فلا بحال الموت كالكبيرة الا اذا جعلنا الموجب العقد وحده قوله اما لو كانت كبيرة والزوج صغيرا قال الشيخ لا نفقة لها لانه صغير
فيتنا ولتحقق التمكين من طرفها والاشبه وجوب الانفاق ثم لما كان المعتبر في وجوبها الانفاق العقد مع التمكين او مع عدم النشوز
فاللازم منه وجوبه للكبيرة اذا مكنت او لم تنشز وان كان الزوج صغيرا لان الاصل عدم اشتراط امر اخر في الوجوب وهو قول
الزوج للاستمتاع كما يجب الانفاق عليها لو كان الزوج هرب بعد ان سلمت نفسها ووجه ما ذهب اليه الشيخ عدم امكان الاستمتاع لما
هو معذور فيه فلا يلزمه غرم او ما بانه لعدم اهليته لا اثر للتمكين في حقه فان التمكين شرطه الامكان والا لم يتحقق لان الامتناع من
جهة الفاعل اقوى من جهة القابل فاذا اسقط الثاني اسقط الاول وفيه نظر لمنع تاثير العذر من جهته مع اجتماع شرائط الوجوب
من قبلها لما بيناه سابقا ولان المعتبر في التمكين رفع المانع من جهتها والاصل عدم اشتراط امر اخر وبه يفرق بين عجز الفاعل
والقابل ولان الشارع رتب ايجاب النفقة على سبب فاذا حصل وجب ان يثبت الوجوب والمعلوم منه العقد مع بذل المراة نفسها
او مع عدم المنع فالقول بالوجوب اقوى قوله ولو كانت مريضة او رتقاء او قرناء لم يسقط النفقة لحصول الحكم لعدم وجوب الانفاق
على الصغيرة هو انه لم تمكنت من حيث تعذر الوطء ذكر ما يمكن ان يشاركها في الحكم وهو المريضة والرتقاء والقرناء ويشتبه الفرق بينها وبين
الصغيرة بان الاستمتاع بالرتقاء والقرناء ممكن بما دون الفرج والعذر فيه من حيث كونها نادرا اما ملائما لا يليق ان يحكم الحبس
عليها مع عدم النفقة بخلاف الصغيرة فان لها امدا يترقب واما المريضة فان الوطء وان تعذر بها الان فذلك عارض متوقع الزوال
كالحيض والنفاس ويمكن ان يكون قوله فظهور العذر تعليلا لحكم المريضة على وجه الترتيب المشوش لان امكان الاستمتاع بها دون
الوطء ثابت مخصوص بالرتقاء والقرناء ويبقى حكم المريضة معللا بظهور العذر والمراد منه عدم وطء متوقع الزوال كما ذكرناه ويمكن
حمل المجموع عليه لان المريضة لا يفوت منها الانس وجميع الاستمتاعات المقصودة عادة بخلاف الصغيرة والقول في الاخيرتين كما تقدم
قوله ولو اتفق الزوج عظيم الالة وهي ضعيفة منع من وطئها لم تسقط النفقة وكانت كالرتقاء منع من وطئها على وجه الوجوب لما
يشتمل عليه الوطء من الضرر وخوف الجناية بالافضاء وغيره ولقوله تعالى وعاشروهن بالمعروف وليس من المعروف ان يكون الجماع على صفة
يلتذ به لا ما يحصل به الضرر وانما يتم تشبيهها على هذه الحالة بالرتقاء لو اكتفينا في تعليل وجوب نفقتها وظهور عذرها
وفقد وهو علة لها او اكتفينا بالاستمتاع بغير الوطء والا فالفرق بينها وبين الرتقاء فانها يمكن وطء الرتقاء دبرا ودون هذه
ضعفها في القبل يقتضي منعها مطلقا نظرا الى الوصف المذكور ومثله ما لو اتفق كونها ضئيلة عبلة وان لم يكن عظيم الالة زيادة على
وطء يومعر فتؤدي ذلك باعترافه او بالشاهد لها عاجل الجماع لو اراد حقه وانكره وحلف النظر لمكان الحاجة كنظر الطبيب ويسقط البدء من النساء
من يثبت بقولة ذلك ويحتمل الاكتفاء بواحدة جعلا له من باب الاخبار قوله ولو سافرت الزوجة باذن الزوج لم تسقط نفقتها
لانها ليس في حيث هو سفر من مسقطات النفقة وانما يسقطها مع تضمنه للنشوز المتحقق بالخروج عن طاعته ومنعه من الاستمتاع

حيث يجب ويلزم من ذلك ان سفرها لكمال باذنه لم يمنع من وجوب النفقة مطلقا لانه بالاذن اسقط حقه من الاستمتاع مدة السفر
ورضي بفواته فلا يكون ذلك مسقطا ولا فرق بين كون سفرها في مصلحته او مصلحتها ولا بين كونه واجبا وغيره ولا اشكال في الاول
كله الا في سفرها باذنه في مصلحتها فغير وجه بالسقوط لخروجها به عن قبضته وانها لها على شأنها او ينبغي ان يقيد قوله
مع قوله باذنه كالاذن لها في الخروج الى اهل بيتها على وجه لا يتمكن معه من الاستمتاع ويبني الحكم على ان النفقة تجب بالعقد
بشرط عدم النشوز او بالتمكين فعلى الاول تجب لانها ليست ناشزة بذلك قطعا وعلى الثاني تسقط لعدم التمكين و
يظهر ما قررناه وان كان السفر بغير اذنه فان كان في معصية او واجب فلا شبهة في السقوط لتحقق النشوز بذلك سواء
كان في مصلحتها ام مصلحته وان كان في واجب فان كان مضيقا كحج الاسلام لم يسقط لانها معذورة في ذلك المانع
شرعي وان كان موسعا كالنذر المطلق حيث انعقد باذنه او قبل التزويج ولم يتضيق بظن العجز لو اخرته ففي توقفه
على اذنه قولان ناشئان من انه حق مضيق حيث يطالب ويقدم على الموسع عند التعارض ومن ان الواجب يستثنى بالاصل
وتعيينه منوط باختيارها شرعا والا لم يكن موسعا ويظهر من اطلاق المصنف الوجه عدم توقفه على اذنه وهو الوجه وعلى
القولين يتفرع حكم النفقة فان لم نوقفه على اذنه لم تسقط نفقتها والا سقطت **قوله** ولو صلت او صامت او اعتكفت
باذنه او في واجب وان لم يأذن لم تسقط نفقتها الخ لا فرق في الصلاة الواجبة بين كون وقتها موسعا ومضيقا في جواز
فعلها بدون اذنه وعدم تأثيره في سقوط النفقة اما العموم فلو كان مضيقا كرمضان والنذر المعين وكقضاء رمضان
اذا لم يبق لرمضان الثاني الا قدر ما فكالصلاة لتعيين ذلك عليها شرعا فكان عذرا وان كان موسعا كقضاء رمضان مع
سعة وقته والنذر المطلق والكفارة حيث قلنا بانها موسعة ففي توقف المبادرة به على اذنه قولان تقدم وجههما في السابق و
اطلاق المصنف الواجب يقتضي عدم توقفه على اذنه كالسابق وهو قوي واعتبر الشيخ رحمه الله في ذلك توقف المبادرة على اذنه وانفقوا
على جواز مبادرتها الى الصلاة الواجبة مع سعة وقتها بغير اذنه والفرق بينها وبين ما ذكر من الواجب الموسع ان الوقت لها
بالاصالة بخلاف ما ثبت بالنذر وبان الامر لها في قوله تعالى اقم الصلاة لدلوك الشمس الى غسق الليل عام صادق كالواجب
المضيق وان الصلاة قيل يجب بها اول الوقت لا يجوز التأخير الا بعذر او بدل وهو العزم وعلى القول الاخر فاول الوقت
افضل لقوله اول الوقت رضوان الله واخره عفو الله وهو عام بخلاف الصوم فيه الوقت ولان زمان الصلاة يسير لا
اليوم بخلاف الصوم وفي كل واحد من الفرق نظر ولا يخفى على ما اخترناه يسقط البحث عن طلب الفرق واما الصوم المندوب ونحوه
فلا يسقط بمجرده النفقة لانه غير مانع من التمكين نعم لو طلب الاستمتاع فمنعته سقطت لذلك لا لاجل العبادة وقال الشيخ في
المبسوط تسقط النفقة وتكون ناشزا حيث يطالبها بالفطر فتمتنع ويضعف بان مخالفتها في ترك الاكل والشرب لا يعد نشوزا
اذ لا يجب عليها طاعته فيهما او الوطي ممكن بدونهما ولو علل بان الصوم عبارة عن توطين النفس على الامتناع عن المفطرات
ومن جملتها الوطي وهو العزم على منع الزوج من الوطي وهو عين النشوز لم يطابق تعليل الشيخ لانه علق نشوزها على
المطالبة بالفطر فتمتنع وهذا التعليل يقتضي تحقق النشوز بمجرد نية الصوم او بمجرد اول النهار وان لم يطالب ومع ذلك
فدعوى ان نية النشوز تكون نشوزا فاسدة لان النشوز هو الخروج عن طاعة الزوج كما تقدم بمنعه من الاستمتاع او الخروج
بغير اذنه او نحو ذلك لا بنيته حتى لو نوت ان تخرج عن طاعته ولم تفعل لم تكن ناشزا فهذا التعليل ضعيف كما ضعف تعليل
عدم منع الصوم بما سلف لما قدر على تقديره من حيث ان كونه مانعا من الاستمتاع محض المسلوبة لكونه عذرا فلا تسقط به النفقة

فلا يكون

فلا يكون مانعا فلزم من اسقاطه لها عدم اسقاطه فان مدعي اسقاطه النفقة لا ينهض على ثبوت كونه مانعا الا النشوز المحقق
بالامتناع من جهة المرأة وان تعتقد الزوج على قهرها عليه وهكذا اطلق الشيخ هنا انه ناشز من جهة حيث المرأة من حيث
امتناعها من قبله واعتراضها بعذر بالحبس ولا يجب وان قدر الزوج معه على الاستمتاع وحكم بفساده **قوله** ويثبت النفقة
للمطلقة الرجعية كما تثبت للزوجة وتسقط نفقة البائن وسكناها الا ان تكون المطلقة رجعية او بائنا فالرجعية حكمها في
النفقة حكم الزوجة لبقاء حبس الزوج وسلطنته واستثنى بعضهم من ذلك منها التي تعتد عنه لانه ممنوع عنها وحرمت في اخرى منها الموطوءة بالشبهة في اثناء العدة فحملت وتأخرت عدة الزوج فانه لا نفقة لها على الزوج دون الحمل وليس بجيد
لانها في زمن الحمل ليست في عدة رجعية بل بائنة لان العدة لوطي الشبهة لا للزوج ولا فرق بين ان تكون امرأة حاملا
وحائلا ولا تسقط نفقتها الا بما يسقط به نفقة الزوجات لان حكم الزوجية باق عليها في ذلك ويستمر الى انقضاء العدة
بوضع الحمل او غيره ولو ظهر بها امارات الحمل بعد الطلاق فعلى الزوج الانفاق عليها الى ان تضع او يتبين الحال فان
انفق ثم بان انه لم يكن حمل فله استرداد المدفوع اليها بعد انقضاء العدة ويسأل عن قدر الاقراء ان انقضت فان عينت
قدرا صدقت باليمين وان كذبها الزوج فبلا يمين ان صدقها وان قالت لا اعلم متى انقضت عدتي سئل عن عادة حيضها
وطهرها فان ذكرت عادة مضبوطة بنينا الامر عليها وان ذكرت انها مختلفة اخذنا باقل عادتها ورجع الزوج فيما
زاد فان الحيض وهي لا تدري نبادر عليه وان قالت نسيت عادتي فهي البناء على اقل ما يمكن انقضاء العادة به لاصالة البراءة
الزائد على ثلاثة اشهر بناء على الغالب وجهان فيما تعارض الاصلين اذ الاصل بقاء العدة الى ان يتبين الانقضاء و
يحتمل الثاني ما ظنه والمتيقن هو الاول وان بانت حاملا وانت به لمدة يمكن ان يكون منه فالولد له والنفقة عليه الى حين
الوضع وان اتت به الاكثر من اقصى الحمل من حين الطلاق او لاقل منه من حين انقضاء العدة فلا يلحقه في هذه المدة لان الطلاق
رجعي وهي في مدة العدة بمنزلة الزوجة والتي به لاكثر من ذلك انتفى عنه بغير لعان ولا ينقضي عدتها به عنه فيكون عدتها
بالاقراء فان نسبته لغير الزوج وادعت انه وطئها بعد الاقراء استعيد الفاصل وان قالت العدة بين فلها نفقتها ولا يجب
لها من مدة الحمل وعليها تمة الاعتداد بالقرء الثالث بعد الوضع ولها نفقته وان قال انه عقيب الطلاق فعدتها بعد الوضع
بثلاثة اقراء ولا نفقة لها من مدة الحمل وان نسبه اليه وانكر فالقول قوله وسقط عنه نفقتها ما زاد على ثلاثة اقراء واما البائن
فلا نفقة لها ولا سكنى عندنا الا ان تكون حاملا فلها على قول الشيخ او مطلقها حاملا على الاشهر لقوله تعالى فان كن اولات حمل
فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن الشامل بعمومه للبائنات بالطلاق والرجعيات ووجب السكنى مع عدم الحمل وان دل عليها
صدر الاية بالسنة وروي ان النبي صلى الله عليه وآله قال لفاطمة بنت قيس وكانت مبتوتة لا نفقة لك الا ان تكوني حاملا وهل النفقة للحمل
او للحامل لاجله قال الشيخ في المبسوط بالاول وتبعه عليه جماعة منهم في الخلاف وان النفقة تدور معه وجودا وعدما فانها لو كانت
حاملا وجبت النفقة فلما وجبت بوجوده وسقطت بعدمه دل على انها له كما دل انها للزوجية وجودا وعدما ولو جعلها
له منفصلا هو لنص الامور على انه ينفق عليها من مال الحمل وذهب اخرون منهم ابن زهرة الى الثاني لانها لو كانت النفقة للحمل
لوجبت نفقته دون نفقتها ولما كانت نفقتها مقدرة بحال الزوج لانها نفقة الاقارب عليه مقدرة بحال نفقة الزوجة
ولانها لو كانت للحمل لوجبت على الجد كما لو كان منفصلا وهي لا تجب عليه هنا ولانها لو كانت للولد لسقطت بيسار الولد كما اذا
ورث او اوصى له بشيء فقبله ابوه والشيخ التزم بعض هذه الالزامات فحكم بسقوطها بيسار الولد كما اذا ورث او اوصى له بشيء

٣٧٧

فقبله ابوه والشيخ التزم بعض هذه الالزامات فحكم بسقوطها بيسار الولد وبثبوتها على الجد اذا انتفى وذلك فيظهر فائدة الخلاف
في مواضع منها اذا تزوج حر بامة وشرط مولاها رق الولد وجوزناه فابانها وهي حامل فعلى القول بانها للحمل لا يجب على الزوج
بل على سيدها وهو سيد الامة وعلى القول الاخر هي على الزوج ومنها اذا تزوج عبد بامة فابانها حاملا فمن قال النفقة للحمل
كانت على سيد الولد منفردا او مشتركا دون الزوج لان العبد لا يجب عليه نفقة قريبه ومن قال انها لها قال النفقة عليه في كسبه
او على سيده ومنها اذا تزوج عبد بحرة فان شرط مولاه رقية الولد وان جعلنا النفقة للحمل فهي على المولى وان جعلناها
للحامل فهي عليه او في كسب العبد على الخلاف وان اطلق رقيته فلا نفقة له على المولى لانه ولد حر وابوه مملوك وعلى الثاني
على المولى او في كسبه وعلى هذا اقتصر المصنف تبعا للشيخ ومنها ما لو لم ينفق عليها حتى مضت مدة او مجموع العدة فمن قال يجب بها
للحمل لا يجب قضاؤها لان نفقة الاقارب لا تقضى وان ورد على هذا باب القضاء انما هو للزوجة لكونها معاوضة والزوجة ها
منفية قطعا واجيب بان الوجوب للحامل حال الزوجية وهي ممنوع ويمكن الجواب بان النفقة حق مالي والاصل فيه وجوب
القضاء خرج القريب عن ذلك بدليل خارج لانها معونة للسيد الخلة فيبقى الباقي على الاصل ومنها ما لو كانت ناشزا حال الطلاق
او نشزت بعده فعلى القول بان النفقة لها تسقط لما سلف من ان المطلقة حيث تجب نفقتها كالزوجة تسقط نفقتها حيث
تسقط وحيث تجب وعلى القول بانها للحمل لا تسقط ومنها لو ارتدت بعد الطلاق فتسقط نفقتها على الثاني دون الاول
ومنها ضمان النفقة الماضية فتصح على الثاني دون الاول ومنها ما اذا مات الزوج وهي حامل فعلى الاول تسقط لان نفقة القريب
تسقط بالموت وعلى الثاني قولان يأتيان ومنها ما لو ابرأته من النفقة الحاضرة كما بعد طلوع الفجر من نفقة اليوم سقطت على الثاني
دون الاول لما سلف من ثبوتها للزوجة بذلك دون القريب ومنها ما لو سلم اليها نفقة ليوم فخرج الولد ميتا في اوله فلم تسترد
ان قلنا لها والا استردت ويحتمل استردادها على التقديرين ومنها وجوب الفطرة ان قلنا انها للحامل دون الحمل ويحتمل
الوجوب مع لانها منفق عليها حقيقة على القولين فكيف لا يجب فطرتها ومنها ما لو انفقها سلفا بعد وضعها وجبت لها
ان قلنا الحمل ولم تفرط ولو قلنا لها لم يجب الى غير ذلك من الفوائد المترتبة على القولين **قوله** وفي الحامل المتوفى عنها زوجها روايتان
اشهرهما انه لا نفقة لها والاخرى ينفق عليها من نصيب الولد المراد بالرواية الاولى ضعف الجنس لانه ورد به عدة الاخبار عليها الربيع والباقي
معتبر الاسناد فمنها حسنة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال في الحبلى المتوفى عنها زوجها انه لا نفقة لها ورواية ابي الصباح
الكناني وهي قريبة الى الصحة عن ابي عبد الله عليه السلام في المرأة الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة قال لا وروايته زرارة عن
ابي عبد الله عليه السلام مثلها والرواية بالانفاق عليها رواها ابو الصباح الكناني ايضا عن ابي عبد الله عليه السلام قال المرأة المتوفى عنها
زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها وعمل بها الشيخ والاكثر والاول اختيار ابن ادريس والمصنف والعلامة وسائر المتأخرين
وهو الاقوى **قوله** ويشترط في النفقة للزوجة مسلمة كانت او ذمية او امة لا اشكال في وجوب النفقة للزوجة مسلمة كانت ام
كافرة حرة او امة لاشتراك الجميع في المقتضي لكن لما كان التمكين التام شرطا في وجوبها اشترط في الامة ان يسلمها مولاها ليلا
ونهارا فلا يجب على المولى تسليمها اكثر من الليل اذا اراد التخلص من النفقة فليسلمها تسليما تاما والا فالواجب عليه تسليمها ليلا
خاصة لانه يملك منها الانتفاع والاستمتاع فاذا استوفى حقه من احدهما بقي الاخر وحقه في كل منهما الى وقته المعتاد فوقت الاستمتاع
الليل كما لو انعكس واجرها الحرة وجب عليه تسليمها نهارا واحاز حبسها عنده ليلا لتبقى حق الاستمتاع لم يثبت الحكم في النفقة التي
لم يتوقف عليها التمليك كالاسكان والكسوة على القول بانها امتاع لخروج الامة اهل الانتفاع المجرد عن الملك كالمؤنة التي تملكها

المرأة

المرأة في صبيحة كل يوم فيشكل الحكم بها للامة لان تقول بملكها الولي ويلغى الانتفاع بها منه ويتوقف تقديرها فيها على
انها الحال او لطعامها من غيرها ويمكن ان يجعل تزويجها بنفسه مفيدا للاذن لها في تناول المؤنة وان لم تكن ما لكة عملا
بشاهد الحال والعرف وهذا احسن على القولين فللامة ان تطالب بها الزوج كما لها ان تطالب السيد واذا اختلفت فللسيد
الابدال بحق الملك والحاصل ان الامة في النفقة حق الملك ولها حق التوثيق به ويتفرع عليه انه ليس للمولى الابراء عن نفقتها
ولا بيع المأخوذ الا ان يسلمها بدله ولو اختلف الامة وزوجها في نفقة اليوم فالقول قولها مع يمينها ولا اثر لتصديق
السيد الزوج بل علاه حلفها فيها ولو اختلفا في النفقة الماضية اعتبر ثبوت المدعي بتصديق السيد وكون الحق فيها
اليها لانها صارت كالصداق وحقها انما يتعلق بالحاضرة **قوله** واما النفقة فضابطها القيام بما تحتاج المرأة اليه من
طعام وادام وكسوة واسكان واخدام وآلة الادهان تبعا العادة امثالها من اهل البلد لما كانت الاوامر بالنفقة مطلقة
ورجع فيها الى العرف لانه المحكم في امثال ذلك حيث لا تقديره الشارع وفي النصوص ما يدل على التقدير ايضا قال الله تعالى وعلى المولود
له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقال النبي صلى الله عليه وآله لهند خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف فيرجع المحتاج الى الطعام وجنسه من
البر والشعير والتمر والزبيب والذرة وغيرها والادام الذي يؤتدم به من السمن والزيت والشيرج واللحم واللبن وغيره والكسوة من القميص و
السراويل والمقنعة والنعال والجبة وغيرها وجنسها من الحرير والقطن والكتان والاسكان في دار وبيت لائقين بحالها
والاخدام اذا كانت من ذوي الحشمة والمناصب المقتضية والآلة الادهان التي تدهن بها شعرها وترجله من زيت وشيرج مطلق او
مطيب بالورد او البنفسج وغيرها مما لا يعتاد لامثالها والمشط وما يغسل به الراس من السدر والطين والصابون على عادة
البلد ونحو ذلك مما يحتاج اليه العادة امثالها من اهل بلدها وان اختلفت العادة رجع الى الاغلب ومع التساوي ما يليق بحالها
قوله وفي تقدير الطعام خلاف فمنهم من قدره بمد للرفيعة والوضيعة من الموسر والمعسر ومنهم من لم يقدره واقتصر على
سد الخلة وهو اشبه في القدر له بسط الشيخ في المبسوط فجعل على الموسر مدين كل يوم وعلى المتوسط مدا ونصفا وعلى
المعسر مدا والاصل في هذا التقدير ان المد يقدره الشارع في الكفارات قوتا للمسكين فاعتبر النفقة به لان كل واحد منهما
مال يجب بالشرع لاجل القوت ويستقر في الذمة وبها اوجب الشارع في بعض الكفارات لكل مسكين مدين فجمع في القول الثاني
بين الامرين فجعل المدين على الموسر والمد على المعسر وجعل المتوسط بينهما فالزم بمد ونصف والاقوى ما اختاره المصنف من عدم
التقدير والرجوع الى قدر الكفاية وسد الخلة وهي الحاجة وهو اختيار ابن ادريس وسائر المتأخرين لان التقدير يرجع الى
تخمين وتمثيل من القياس لا يطابق اصول مذهبنا **قوله** ويرجع في الاخدام الى عادتها فان كانت من ذوي الاخدام وجب والا
خدمت نفسها ان النساء صنفان احدهما اللواتي لا يخدمن انفسهن في عادة البلد بل يكون لهن من يخدمهن وان قدرن على
الخدمة فاذا كانت الزوجة منهن وجب على الزوج اخدامها لانه من المعاشرة بالمعروف المأمور بها ولا فرق في وجوب الاخدام
لمن هي بين ان يكون الزوج موسرا ومعسرا حرا وعبدا والاعتبار بحال المرأة في بيت ابيها دون ان ترتفع بالانتقال الى بيت
زوجها ويليق بحالها في بيت ابيها ان يكون لها خادم ولا يجب اكثر من خادم واحد لحصول الكفاية ويحتمل اعتبار عادتها
في بيت ابيها فان كانت ممن تخدم بخادمين واكثر وجب اخدامها بذلك العدد لانه من المعاشرة بالمعروف ولا يلزمه تمليك
الخادم اياها بل الواجب اخدامها بحرة او امة مستأجرة او نصب مملوكة تخدمها او بالانفاق على التي حملتها معها من حرة او امة
ولا يجوز ان يكون الخادم الا امرأة او صبيا او محرما لها وفي مملوكها الخصي وجهان مبنيان على جواز نظره اليها وقد تقدم

٣٧٨

والصنف الثاني اللواتي يخدمن انفسهن في العادة فلا يجب اخدامها الا ان يحتاج الى الخدمة لمرض او زمانة فعلى الزوج اقامة من
يخدمها ويمرضها ولا ينحصر في واحد بل يجب بحسب الحاجة ولا فرق هنا بين ان يكون الزوجة حرة او امة وان لم يكن لها عادة بخروج
الى الخدمة فليس عليه الاخدام ولو ارادت ان تتخذ خادما من مالها فله منعها من دخول داره ثم هنا مسائل الاولى اذا اخدمها حرة او
مستاجرة فليس عليه سوى الاجرة وان اخدمها جارية فنفقتها يجب بحق الملك وان كان يخدمها بكفايته مؤنة خادمها فهي
نفقة الخادمة والقول في جنس طعامها وقدره كما هو في جنس طعام المخدومة والاظهر اعتبار قدر كفايتها كما مر وكذا يجب لها
الادم المعتاد لامثالها لا بجنس طعام المخدومة الثانية لو قال الزوج انا اخدمها وارادا اسقاط مؤنة الخدمة فله ذلك
لان الخدمة حق عليه فله ان يوفيه بنفسه وبغيره وعلى هذا قالوا يجب اخدامها باحد الطرق التي سبقت او ان يخدمها بنفسه هذا
فيما لا يستحيى منه كغسل الثوب واستقاء الماء وكنس البيت وطبخ الطعام اما ما يستحيى منه كالذي يرجع الى خدمة نفسها من صب
الماء على يديها وحمله الى الخلاء وغسل خرق الحيض ونحو ذلك فلها الامتناع من خدمته لانها تحتشمه وتستحيي منه فيضر بها وهو مناف
لما امر من المعاشرة بالمعروف والملوح المفهوم وجماعة تخييره في الخدمة بنفسه مطلقا لان الحق عليه فالتخيير في جهاته اليه الثالثة لو تنازعا
في الخادمة التي يستاجرها الزوج لخدمتها او الجارية التي تخدمها فهي تقديم مرادها او مراده وجهان من ان الخدمة لها وقد يكون
التي عينته ارفق لها واسرع الى الامتثال ومن ان الواجب عليه ان يكفيها الخدمة وهو يكفي بتلك المعينة كما لا يجوز تكليف النفقة
من طعام معين ولانه قد يتهمه بتهمة فيمن تختاره وهذا اجود هذا في الابتداء اما اذا توافقا على خادمة او الفتها او كانت
قد حملت خادمة معها فاراد ابدالها فمن جوازه وجهان من تخييره في الاخدام وهو قطع المالوف على النفس والاقوى الاول
استخدام ثانية وثالثة من مالها فللزوج ان لا يرضى بدخولهن داره وكذا لو حملت معها اكثر من واحدة فله ان يقتصر على واحدة
ويخرج الباقيات من داره كما له ان يكلفها اخراج مالها من داره ويمنع ابويها من الدخول عليها واخراج ولدها من غيره اذا استصحبه
معها الرابعة لو كانت الزوجة امة لكنها ذات جمال تخدم في العادة ففي وجوب اخدامها وجهان من النظر الى العادة والالتفات الى نقصها
بالرق وحصتها ان تخدم دون ان تستخدم والاول اقوى قوله ويرجع في جنس المادوم والملبوس الى عادة امثالها من اهل بلدها ولا
نظر الى عادة الزوج لان الله امر بالمعاشرة بالمعروف والانفاق بالمعروف عليه ويختلف المادوم باختلاف الفصول وقد يغلب الفواكه
في اوقاتها فيجب واعتبر الشيخ في اللحم كل اسبوع مرة نظرا الى العرف ويكون يوم الجمعة واوجب ابن الجنيد اللحم على المتوسط في كل ثلاثة ايام
ولا يشترط في المسكن ان يكون له بل يجوز اسكانها في المستعار والمستاجر لانه امتاع لا تمليك ولا يجوز لها المطالبة بالتفرد
بالمسكن والمراد به ما يليق بها من دار او حجرة وبيت فرد فالتي يليق بها الدار والحجرة لا يسكن معها في دار ولا حجرة
ضرتها لكن لو كان في الدار حجرة منفردة المرافق فله ان يسكن فيها وكذا له اسكان واحدة في العلو واخرى في السفل والمرافق متميزة
والتي يليق بها البيوت المفردة له ان يسكنها في بيت من دار واحدة ولا يجمع بين الضرتين ولا بين المراة وغيرها في بيت واحد
في الانتفاع قوله ولا بد في الكسوة من الزيادة في الشتاء للتدثر كالمحشوة لليقظة واللحاف للنوم ويرجع في جنسه الى
عادة امثالها لما كان المرجع في الكسوة من زيادة في الشتاء الى المعتاد وما يليق بحالها اختلف ذلك باختلاف البلاد في الحر والبرد
وباختلاف الفصول فيعتبر في الشتاء زيادة المحشوة والفرو ان اعتيد لمثلها ونحوه والمرجع في جنسه من القطن والحرير والكتان
وغيرها الى العادة لمثلها وكذا يجب الصنف من الثياب اللائقة بها من الكتان والحرير ونحوه مما يناسب ويعتبر مع ذلك ثياب التجمل
زيادة على ثياب البذلة وهي التي يلبسها اكثر الاوقات اذا كانت من اهل التجمل ولو لم تستغن بالثياب في البلاد الباردة عن الوقود

٣٧٩

وجب من الحطب والفحم بقدر الحاجة ويجب ايضا مراعاة ما يفرش على الارض من الحصير والبساط والملحفة والنطع واللبد والمخدة مما
يليق بها عادة بحسب الفصول وقد عدد الفقهاء في هذا الباب اشياء كثيرة والحق اعتبار المعتاد عندهم ولما كان المعتبر من
لامثالها في بلدها في كل وقت يعتبر فيه استغنى عن تعداد افراد ما يجب لها حيث ذكر الضابط قوله لو قالت انا اخدم
نفسي ولي نفقة الخادم لم يجب اجابتها الى ذلك لم يكن لها ذلك لان تعيين الخادم اليه لا اليها لان الحق عليه فيرجع في تعيينه
ولان ذلك يسقط مرتبتها والزوج لا يرضى به لانها تصير مبتذلة وله في رفعها حق وعوض لو رضي فلان لا يرضى به وان رضيت
باسقاط حقها وح فان بادرت بالخدمة من غير اذنه كانت متبرعة فلا اجرة لها ولا نفقة زائدة في البقية قوله الواجب تمليك
نفقة يوم مع التمكين فلو منعها وانقضى اليوم لما كان المقصود من النفقة القيام بحاجتها وسد خلتها لكونها محبوسة لاجله
فالواجب منها ان يدفع اليها يوما فيوما اذ لا وثوق باجتماع الشرائط في باقي الزمان والحاجة تندفع بهذا المقدار فيجب دفعها في
صبيحة كل يوم اذا طلع الفجر ولا يلزمها الصبر الى الليل ليستقر الوجوب لتحقق الحاجة قبله ولانه يحتاج الى الطحن والخبز والطبخ اذا
الواجب عليه دفع الحب ونحوه ومؤنة اصلاحه لا عين الماكول ويشبه ما عليها العادة فلو لم يسلمها اليها في اول النهار لم يسلم عند الحاجة
ولو منعها من النفقة وانقضى اليوم تمكينه استقرت نفقة ذلك اليوم في ذمته لان نفقة الزوجة اعتياض في مقابلة الاستمتاع
فتصير بمنزلة الدين وكذا نفقة الايام المتعددة اذا انقضت ولم ينفق عليها ولا فرق عندنا بين تقدير الحاكم لها وعدمه لانها
حق مالي في معنى المعاوضة فيثبت منها ما يقتضيه التقدير شرعا وان لم يكن بعقد ابتداء كما يثبت في ذمته عوض المتلفات
المجهول القيمة ويخرج القيمة حيث يحتاج الى معرفتها ثم استحقاق الزوجة المؤنة على وجه التمليك لا الانتفاع لان الانتفاع
به لا يتم الا مع ذهاب عينه وكذا الحكم كل ما يستهلك من آلة التنظيف والدهن والصابون ونحو ذلك فاذا دفع اليها ملكت
نفقة اليوم وتخيرت بين التصرف فيه وبعضه واستفضال البعض وجميعه والانفاق على نفسها من مالها كما تتخير في جهات
اموالها وهذا في نفقة نفسها اما نفقة خادمها فان كان حرا فكذلك لان الغرض الملك ويتصور استحقاقه النفقة
بالشرط او بجعلها اجرة الخدمة وعند ان يخدم بالنفقة فطالب كل يوم لها لما المراة وان لم يكن عقد الاجارة اما اذا اخدمها
خادمها المملوك لها فينبغي ان يكون الملك له ولانها كانت تملك نفقة نفسها ثم يحتمل ان يكون ملكا لها فيتخير بين انفاقها
عليها وابدالها وان يكون ملكا له يعتقد بان يدفعها الى الخادمة وحيث كان يدفعها على وجه الملك فلو سرقت منها او تلفت
بسبب لم يلزم الزوج مرة اخرى وان لم يكن بتفريط بخلاف ما اخذ على وجه الانتفاع قوله ولو دفع اليها كسوة لمدة جرت
العادة ببقائها اليها فاخلقت قبل ذلك لم يجب بدلها وجه الحكم في المسلتين من تمهيد مقدمة يترتب عليها وهي ان ما يجب للزوجة من
النفقة وتوابعها ما يأخذ على وجه الملك وهو المرتب على ما تقدم لانها مما يستهلكها الانتفاع بها ومنها ما تاخذه على وجه الامتاع
ويختص بجهة الانتفاع خاصة وهو المسكن والخادم لان عينه لا يستهلكها الانتفاع ولا يدفع اليها ومنها ما هو مرددين
الامرين وهو الكسوة فانها مما يبقى عينها مع الانتفاع كالمسكن وتفنى به على طول المدة كما تفنى به النفقة في الجملة بخلاف
المسكن وقد اختلف العلماء في ذلك في كونها تمليكا او امتاعا فذهب المصنف في بعض كتبه والشيخ في ط الى الاول لما ذكر ولقوله تع
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن عطفها على الرزق فيكون الواجب منها واحدا لاقتضاء العطف التسوية في الحكم وهو في
الرزق التمليك فيكون كذلك في الكسوة ولقوله ع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف واللام للملك ومقتضى
العطف التسوية في جميع الاحكام وفي جميع الوجوه سلمنا لكن المعتبر الاشتراك في الحكم المذكور دون مستنده وكيفيته فان

قولنا اكرم زيدا وعمرا يقتضي اشتراكهما في اصل الاكرام ... ثم الكسوة تدفع من كل وجه والقدر الحكم هنا كون الرزق مستحقا عليه فيكون
الكسوة كذلك واما كيفية الاستحقاق فامر خارج عن اصل الحكم ومن الجائز ان يراد بقوله وكسوتهن جعلهن مكتسيات وهو
يتم بالامتاع وبين الثاني ان الغاية من الكسوة الستر وهو يحصل بالامتاع كالسكنى واصالة براءة الذمة من التمليك وهو
خيرة ... في الفرش والكلام في آلة الفرش وظروف الطعام والشراب وآلة التنظيف كالمشط كالكسوة بل الامر
فيها اظهر خصوصا الاخيرة لانها كالطعام معنى لانه يستغنى عن الالة اذا ... ذلك فتظهر فائدة الخلاف في مسائل منها لو
دفع اليها كسوة لمدة جرت العادة ببقائها اليها فاخلقت في يدها قبل مضي المدة من غير تقصير فعلى الاول لا يجب عليه ابدالها وهو الذي
قطع به المصنف لانه قد وفى ما عليه كما ... من النفقة فتلفت في يدها وعلى الثاني عليه الابدال ولو اتلفتها بنفسها فلا
ابدال على القولين لانه على الامتاع يلزمها ضمانها لانها اتلفت ملك الغير فالواجب عليها القيمة وعليه المثل ولو تخرقت قبل
وقته لكثرة تحاملها عليها زيادة على المعتاد وضرب من حفظها كان ترها في المحو فحيث يفتقر اليه وكذا لو اتلفتها ومنها لو انقضت
المدة والكسوة باقية لرفقها بها فعليه كسوة اخرى على الاول وعلى الثاني يحكم بالحكم لان تملكها الحاضر على المدة المعتادة كما
استفضلت من طعام يومها وعلى الثاني لا يلزمه حتى يبلى ما عندها لكن لو كانت الاولى كسوة الصيف مثلا والاخرى للشتاء
فعليه ان يعطيها ما يقصد للشتاء او يدفعها عليه وان كانت تصلح لمع عدم عادة في معه كساء بها هناك تحتاج لها الثالثة
ماتوي بعد المدة وان كانت باقية وعليه يكون حكم المص على ذلك فلا يعلم من الحكم ان مذهبه التمليك ومنها ما لو مات في اثناء
المدة التي تصلح لها الكسوة او مات الزوج او طلقها فعلى الاول ... القول بالامتاع تسترد مطلقا وعلى القول بالتمليك يحتمل قويا ذلك
ايضا لانه اعطاها للمدة المستقبلة وهي غير واجبة كما لو اعطاها نفقة ايام وهو الذي جزم به المص فيما ياتي وعدمه لان تلك المدة
الى الكسوة كاليوم بالنسبة الى النفقة وثبت ان النفقة لا تسترد لو وقع ذلك في اثناء النهار نعم لو لم تلبسها اصلا او لبستها
دون المعتاد في ذلك البعض من المدة الاخيرة على التمليك ان يملك بالنسبة ومنها ما اذا لم يكسها مدة صارت الكسوة دينا عليه على الاول
كالنفقة وعلى الامتاع لا ينفرد ... كما لو سكنت في منزلها ولم تطالب بالمسكن ومنها ان له ان ياخذ المدفوع اليها ويعطيها غيره
على وجه الامتاع ولا يجوز ذلك على وجه التمليك الا برضاها ومنها انها لا تخيط بالماخوذ ولا تتصرف فيه بغير اللبس على وجه
الامتاع ويجوز على وجه التمليك ما لم ينافي غرض الزوج من الزينة والتجمل وغيرهما ومثله النفقة لو ادى تقتيرها بعير الاكل الى
الضعف وما لا يليق بالزوج من الاختلال ومنها جواز اعطائها الكسوة بالاعارة والاجارة على الامتاع دون التمليك ولو تلف المستعار
حكم بضمانه في القيمان على الزوج قوله لو سلم اليها نفقة لمدة ثم طلقها قبل انقضائها استعاد نفقة الزمان المتخلف اذا سلم
اليها نفقة لمدة كشهر مثلا ثم طلقها قبل انقضائه وجب استرداد ما يخص بقية المدة بعد يوم الطلاق لما تقدم من انها لا تملك النفقة
الا يوما فيوما وفضيل بقية المدة كان على وجه التبرع نظرا الى المالية ويستقر عليها في المستقبل فاذا تبين خلافه استرد كالزكاة
المعجلة ويحكم الطلاق الزمان الحديث او وابنه الاستر والاشتراط وانما الخبجة بقية نصيب يوم الطلاق ... لما
تقرر من انها تملك نفقته في اول النهار ولا يحول المطلق ... بعضهم ما لو كان سقوطها بالنشوز نظرا الى الاستناد والمنع اليها
بخلاف الموت والطلاق ففي الفرق نظر لاشتراك الجميع في فقد شرط الاستحقاق لبقية اليوم والعدد ... لاحق الزوج ذلك
وان كان لم يدخل في الاسم وعدمه وعلى القول بالاسترداد يحتمل هو الجمع نفقة اليوم او للمتخلف منه بعد فقد الشرط وجها
من حصول شرط الاستحقاق في الماضي منه ومن جواز كونه مشروطا ... على الطاعة الى اخر النهار هذا كله في النفقة اما الكسوة

٣٨٠

فحكم باسترداده ما لم تنقض المدة المضروبة لها عادة بناء على القول بالامتاع واضح واما على ما يظهر منه من كونها تمليكا فوجهه انه اعطاها
للمدة المستقبلة وقصته ترغا كالنفقة غاية ما في الباب ان النفقة يتعلق وصفها بالاخر ... على الايام جميعها بخلاف الاحتياج وقد
لا يقبل الانفصال لكل يوم فدفعها اليه بدلية تكون على وجه الانفصال على وجه الاستحقاق فاذا زال الاستحقاق استرجعت من
ح ولا يستثنى بقية اليوم كالنفقة ويحتمل على التمليك عدم استردادها لان كسوة الصيف مثلا بالنسبة الى النفقة وهو
يجري نفقة ... قوله اذا دخل بها واستمرت تاكل معه وتشرب على العادة لم يكن لها مطالبته بنفقة ... ووجه لحصول المقصود من النفقة و
لجريان الناس على ذلك في سائر الاعصار والامصار ... ولو طلبت المراة النفقة للزمان الماضي والحال هذه لاستحقاقها
تلك النفقة وجه لعدم سقوط نفقتها بذلك لانه لم يؤد الواجب الموظف شرعا وتطوع بالبر فصار كما لو كانت المراة مالكة
رشيدة وكانت تاكل معه باذن الولي اما لو كانت مولى عليها ولم ياذن الولي فالزوج متطوع ولا تسقط نفقتها بذلك لتوقفها
قبضها على اذنه قوله لو تزوجها ولم يدخل بها وانقضت مدة لم تطالبه بنفقة لم تجب النفقة على القول الاخر اذا تزوجها ولم يطالبها
بالزفاف ولم تمتنع هي منه ولا عرضت نفسها عليه ومضت على ذلك مدة ففي وجوب نفقتها لتلك المدة قولان مبنيان على ان النفقة
تجب بالعقد بشرط عدم النشوز او به مع التمكين فعلى الاول تجب لوجود الموجب وعدم المسقط وهو النشوز وعلى الثاني لا تجب
لا يكفي لان المراد منه على ما فسره معتبره بان تقول له باللفظ سلمت نفسي اليك في كل وقت شئت ومكان ونحو ذلك ولا يكفي
السكوت وان وثق ببذلها التمكين عادة على تقدير طلبه منها وتعليل المص بعدم الوثوق وحصول التمكين يؤيد به ذلك لكن العبارة
غير جيدة بل الاولى التعليل بعدم التمكين كما ذكرناه سواء حصل الوثوق به ام لا وقد جاز ان الخبر في ط حيث علل عدم الوجوب بقوله لان
النفقة انما تجب بوجود التمكين لا بامكان التمكين وفي عدة جمع بين العلتين وكان يستغني باحدهما وهو عدم التمكين وان تكلف
الجمع بينهما فائدة قوله لو كان غائبا فحضرت عند الحاكم وبذلت التمكين لم تجب النفقة الا بعد اعلامه ووصوله اليها او وكيله اذا
غاب الزوج فان كانت غيبته بعد ان مكنته الزوج وجبت النفقة عليه ودامت مدة غيبته وان كانت قبل التمكين فان قلنا
بالعقد بشرط عدم المانع فالحكم كذلك وان اعتبرنا التمكين في الوجوب شرطا او سببا فلا نفقة لها وان حضرت عند الحاكم وبذلت له
التسليم والطاعة كتب الحاكم الى البلد الذي فيه الزوج ليعلمه بالحال وبقدر عليه ان شاء فان سار اليها وتسلمها او بعث وكيلا
يتسلمها وجبت النفقة ح وان لم يفعل فاذا مضى زمن امكن الوصول اليها عادة فرض لها النفقة في ماله وجعل كالتسليم لها لان
الامتناع منه ولو اقتصر على الارسال اليه بغير توسط الحاكم الذي هو في بلدها جاز ايضا لكن بشرط ثبوت ذلك عنده باخبار
عدلين ولو لم يعرف موضعه كتب الحاكم الى حكام البلاد التي يتوجه اليها القوافل من تلك البلد عادة ليطلب وينادي باسمه فان لم
يظهر فرض الحاكم نفقتها في ماله الحاضر واخذ منها كفيلا بما يصرف اليها لانه لا يؤمن ان يظهر وفاته او طلاقه ولو لم يرسل الحاكم
اليه ولكن بلغه تمكينها بقول من يثبت به ومضى زمان يمكنه الوصول فلم يصل فالاقوى جواز فرض الحاكم لها النفقة ايضا لا
عند وصول الخبر اليه على ذلك الوجه ولو لم يظهر لحضورها ولم يكن الحاكم من الارسال والبحث عنه فمنعت النفقة على القول بتوقفها
على التمكين هنا كما لو كانت المراة عاقلة بالغة اما لو كانت مولى عليها فالاعتبار بعرضها وبذلها الطاعة وانما الاعتبار بعرض
الولي ولو كانت مراهقة تصلح للوطي وسلمت نفسها وتسلمها الزوج قال الشيخ وجبت النفقة كالكبيرة الا في صورة واحدة وهي
الخطاب مع الكبيرة في موضع التسليم والتمكين الكامل وهنا اذا قام وليها مقامها في التسليم تحققت النفقة ولو لم يكن لها
ولي او كان غائبا او منعها وسلمت هي نفسها وجبت النفقة وان لم يكن يصح تصرفها لان الزوج استحق القبض ولا اعتبار بكونه

المضمون عنده من اصل الاقباض كالودع الثمن وقبض المبيع من عبتي ايمضونا او وجوه الطريق حتى في هذا الفرض على الحول لنا
نظر لان المراهقة هي المقاربة للبلوغ واذا كان بلوغ الانثى عند الاصحاب بتسع فالمراهقة يكون قبل اكمالها والوطي غير جائز في
هذه الحالة ولا يتحقق التمكين ولا التسليم معها مطلقا وبعد اكمالها يحصل البلوغ وتزول المراهقة وانما يتوجه هذا على اصول المخالفين
الذين يعتبرون في الذكر والانثى بلوغ خمس عشرة فيتحقق المراهقة بعد التسع وقبل البلوغ في وقت يجوز فيه الوطي ولو انعكس
الامر فسلمت المرأة نفسها الى الزوج المراهق بغير اذن الولي وجبت النفقة هنا وسهل فرضه وهذا بخلاف تسليم المبيع من المراهق
لان المقصود هنا ان يصير المبيع للمشتري والمبيع في مال المراهق للولي لا عبارة له بدل الاستمتاع مع احتمال الوقف بتوقفه على بذل التمكين
للولي وان كان متعلقه الصبي نظرا الى ولايته عليه وسلب عبارته معه والاول اجود **قوله** ولو نشزت وعادت الى الطاعة لم تجب
النفقة حتى يعلم وينقضي زمان يمكنه الوصول اليها او وكيله وان ارتدت سقطت النفقة ولو عادت واسلمت عادت نفقتها
عند اسلامها لان الردة سبب السقوط وقد زالت وليس كذلك الاول لانها بالنشوز خرجت عن قبضته فلا تستحق النفقة
الا بعودها الى قبضته هذه المسألة شعبة من السابقة وتفارقها في ان عدم التمكين كان في الاول مستمرا من حال العقد
وهنا بحدوث النشوز وتحريرها ان الزوجة اذا نشزت مع حضور الزوج فغاب عنها وهي كذلك ثم عادت الى الطاعة في غيبته
لم تجب نفقتها الى ان يعلم بعودها وينقضي زمان يمكنه الوصول اليها او وكيله الى الحاكم في السابقة لخروجها بالنشوز
عن قبضته فلا يعود الى ان يحصل التسليم والتسلم مستانفين وهما لا يحصلان بمجرد عودها بدون ذلك فلو عاد اليها او بعث
وكيله واستانف تسليمها عادت النفقة وتفارق السابقة في جريان حكمها على القولين بخلاف السابقة فانها مبنية على
اعتبار التمكين كما مر ولو ارتدت المرتدة بحضرة الزوج وهو في قبضته سقطت نفقتها لتحريم وطيها بالردة والمانع
من قبلها فاذا غاب الزوج وهي مرتدة وكانت مدخولا بها فعادت في العدة الى الاسلام وهو غائب فالذي قطع به المصنف
قبله الشيخ في ط ان نفقتها تعود بمجرد عودها وان لم يبلغه الخبر ولم يحضر وفرقوا بينها وبين الناشزة بان نفقة المرتدة قد
سقطت بردتها فاذا عادت الى الاسلام ارتفع المسقط فعمل الموجب عمله لان الفرض كونها في قبضته من قبل السفر بخلاف
الناشز فان سقوط نفقتها لخروجها عن يد الزوج وطاعته وانما تعود اذا عادت الى قبضته وذلك لا يحصل في غيبته وهذا
الفرق لا يخلو من نظر لان الارتداد مانع شرعي من الاستمتاع وقد جاء من جهتها ومتى لم يعلم الزوج بزوال المانع عليه الاستمتاع
منها فان حضر كان حكمه كحكم كونها في قبضته مع عدم العلم بزوال المانع الذي جاء من قبلها فاسقط النفقة نعم هذا الفرق
يتم لو كان المانعان حصلا في غيبته ولم يعلم بها فان نشوزها بمجرد خروجها من بيته اذا اسقط النفقة لم تعد برجوعها الى بيته
لخروجها عن قبضته فلا بد من عودها اليها كما يحصل في الحال الغيبة بخلاف ما لو ارتدت ثم رجعت ولم يعلم فان التسليم
حاصل مستصحب والمانع حصل وزال وهو لا يعلم به فلم يتحقق من جهة الامتناع منها كما هو عليه بخلاف بالعلم ويمكن الجواب عن
الاشكال بان العقد لما اقتضى وجوب النفقة اما مع التمكين او بدونه وقد تحقق الشرط فالاصل يقتضي وجوب النفقة الى
ان يحصل الشرط والارتداد لا يحصل معه الاخلال بالشرط لان التمكين من قبلها حاصل وانما كانت الردة مانعة فاذا زال المانع
عمل المقتضي لوجوب النفقة عمله كما اشرنا اليه بخلاف النشوز فان الشرط او السبب قد انتفى فلا بد للحكم بوجوب النفقة من عوده ولا
يحصل الا بتسلم جديد فان قيل الارتداد لما اسقط وجوبها توقف ثبوتها على سبب جديد فان قيل الارتداد لما اسقط وجوبها توقف
ثبوته على سبب جديد والا فالحكم بالسقوط بل نقول ان السبب موجود وهو العقد السابق المقارن للتمكين لانه الفرض والردة مانعة حكم

العقد لهذا الوصف عادت الى الزوجية بالعقد السابق وعلى هذا فلا يفرق بين علمه بعودها وعدمه **قوله** اذا ادعت البائن
انها حامل صرفت اليها النفقة يوما فيوما الى ان يظهر وهو مقتضى كلام المصنف وجوب الانفاق عليها بمجرد دعواها الحمل وان لم يتبين او يظن او
وجهان الحمل في ابتدائه لا يظهر الا لها فيقبل قولها فيه كما يقبل في الحيض والعدة لانها من الامور التي لا تظهر الا منها ولان
فيه جمعا بين الحقين وحق الزوج على تقدير تبين عدمه بتخييره بالرجوع عليها ولانه لولا القبول لادى الى الاضرار بها مع حاجتها الى
النفقة او مطلقا لو قلنا ان النفقة للحمل لان نفقة الاقارب لا تقضى فلو تاخر الدفع اليها الى ان يتبين تفويت مدة طويلة
بغير نفقة ولا يجب قضاؤها والشيخ في ط علق وجوب الانفاق على ظهور الحمل وتبينه على شهادة اربع من القوابل ولعله اجود
لان وجوب الانفاق على الزوجة انقطع بالطلاق البائن ووجوبه عليها مشروط بالحمل والاصل عدمه الى ان يتحقق وحكم
الزوجة به في الابتداء ظني والظن قد يكذب ولانه تعالى قال وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن شرط في
الانفاق عليهن كونهن اولات حمل وهذا الوصف لا يتحقق بمجرد الدعوى ثم على تقدير قبول قولها او وجوب البناء على الظن او على شهادة
القوابل المستندة الى القرائن فيجب كذبها لو تبين كذبها بعد حاملا استعيدت لعدم ظهور استحقاقها لها في نفس الامر فاشبه ما اذا
ظن ان عليه دينا فاداه ثم بان خلافه ومثله ما لو انفق على قريبه لظن اعساره فيه ثم بان يساره ثم على تقدير وجوب الانفاق عليها
هل يطالب بكفيل لجواز ظهور خلاف ما ادعته فيه وجهان منشاؤهما انها استولت على مال الغير بسبب لم يثبت في نفس الامر واما حكم الشارع
لتعذر اثبات موجبها قطعا فلو اخرت الى الوضع لزم الاخلال بها كما قررناه فيجمع بين الحقين بالدفع اليها من حيث علم استحقاق
الرجوع عليها الآن والاول لا يخلو من قوة **قوله** ولا ينفق على بائن غير المطلقة وقال الشيخ ينفق لان النفقة للولد فلا تسقط بالنسب
النفقة مقصورة في الآية لعدها الزوجية فمع بينونة الزوجة تخرج عن السببية لكن وجبت النفقة للمطلقة البائن اذا كانت حاملا
بالنص والاجماع فيبقى على الاصل والحق بعضهم البائنة بغير الطلاق اذا كانت حاملا بالمطلقة نظرا الى ان دعوى وجوب النفقة
على المطلقة الحامل لاجل الحمل من حيث كونه ولدا للمنفق لا لاجلها وهذه العلة موجودة في الحامل غير المطلقة وبذلك افتى
الشيخ في الحق في الحامل من نكاح فاسد كنكاح الشغار مع الجهل محتجا بعموم الاخبار الدالة على وجوب الانفاق على الحامل واجيب عن
الاول بانه مبني على العمل بالقياس والآية الآتية مخصوصة في الحامل المطلقة ومع ذلك فكون النفقة للحمل غير معلوم وانما المعلوم
للحامل وان كان ذلك بسببه واما الاخبار التي ادعى الشيخ عمومها فذكرها في يب وكلها مقيدة بالطلاق الا رواية محمد بن قيس عن
ابي جعفر عليه السلام قال الحامل اجلها ان تضع حملها وعليه نفقتها بالمعروف حتى تضع حملها فانه متناول لها بالاطلاق والعموم المطلقة لكنها
ضعيفة السند بمحمد بن قيس فانه مشترك بين الثقة وغيره ويمكن حملها على المطلقة حتى لا تستقل بنفسها نعم لو ثبت انها للحمل اتجه
ذلك والذي دل عليه النصوص وجوبها للمطلقة الحامل فيقتصر عليه لكونه على خلاف الاصل **قوله** فرع على القولين اذا لاعنها
فبانت منه وهو حامل فلا نفقة لها لان البائنة باللعان ان كان لعانها لنفي الولد فلا نفقة لها في العدة على القولين لانها صارت
اجنبية وانتفاء الحمل عنه فصارت كالحائل وان كان لعانها للقذف مع اعترافه بولدها فينبغي بناؤه على القولين فان قلنا
ان النفقة للحمل وجبت هنا عند الشيخ لوجوب الانفاق على الولد وان قلنا انه للحامل فلا لانها صارت اجنبية وكان على المصنف
اللعان يكون لنفي الولد فيخرج الصورة الثانية وكانه اكتفى بالتعليل بانتفاء الولد وكذا لو طلقها بائنا ثم ظهر بها حمل فانكره
ولاعنها فان النفقة تسقط باللعان وهنا يحتمل يكون اللعان لانكاره ولو اكذب نفسه في الصورتين واستحق الولد بعد
اللعان لحق به في الحقوق المتعلقة بالولد دون العكس ومن جملتها النفقة فيجب الانفاق على امه قبل الوضع ان جعلنا النفقة

لاجل الحمل وهو النفقة المقصودة هنا ولا يجب قضاء النفقة الماضية من حين اللعان الى الاقرار لان ما لا يوجب النفقة لاجل الحمل فنفقة
لا تقضى وحكم في ط بان وجوبها عليه بما مضى مع ان مذهبه ان النفقة للحمل وكذا لحق في وجوبها عليه لو اكذب نفسه بعد وضعه
بنفقة زمان العدة واجرة الحضانة محتجا بانه قد كان واجبا عليه وانما انقطع لانقطاع السبب فاذا عاد عادت ولا يخفى ما فيه حيث
بنى على ان النفقة للحمل وهو قريب قد فات نفقته وعلله بعضهم بان النفقة وان كانت للحمل فهي مصروفة الى الحامل وهي ما
حق فيه فيصير دينا كنفقة الزوجة وفي هذا التعليل اضراب عن كونها للحمل خاصة والتزام انها لهما والاقوى الاشكال بحاله وعلل
بان السبب حكم الحاكم بوجوب النفقة عليها فينقض لحوق سببه وبان اللعان شهادة فمع نقضه فقد حكم الحاكم بشهادته بوجوب
النفقة كالدين ثم اكذب نفسه كالرجوع في الشهادة بعد الحكم والرجوع في الشهادة بعد الحكم يوجب الضمان وفيه منع كون
اللعان شهادة محضة وان كان الله تعالى قد اطلق عليه الشهادة وانفاقها على الولد قد لا يستند الحكم الحاكم عليها بخصوصها
ولو سلم كونه شهادة محضة **قوله** قال الشيخ في نفقة زوجة المملوك يتعلق برقبته ان لم يكن مكتسبا الى حاصل كلام الشيخ
في ان العبد ان كان مكتسبا يبدأ بالنفقة او زيد فنفقته في كسبه وان فضل شيئا فلسيده وان قصر كسبه عنها او لم يكن
مكتسبا تعلق الفاضل او المجموع برقبته تنزيلا للوطي منزلة الجناية ثم ان امكن ان يباع منه كل يوم بقدر ما يجب عليه من النفقة
فعل وان لم يكن بيع منه ما يمكن كالنصف والثلث مقتصرا على ما يتادى به الغرض ثم الاقرب اليه فالاقرب فان لم يمكن ذلك بيع جميعه كما قيل
في الجناية ووقف ثمنه ينفق عليه منه وقد انتقل ملك سيده عنه الى الحر وعلى القول بتعلقها بذمته يتبع بها اذا اعتق وايسر
كانت في زمن الرقبة كزوجة المعسر والاقوى ان النفقة على مولاه كالمهر مطلقا وقد تقدم البحث في هذه المسألة في باب اولياء العقد
قوله قال في المكاتب لم تجب نفقة ولده من زوجته ويلزمه نفقة الولد من امته لانه ماله ولو تحرر منه شيء كانت نفقته
ماله بقدر ما تحرر منه الفرق بين الولدين ان الولد من زوجته اذا كانت حرة تحرر والمكاتب معسر لا يجب عليه نفقة الاقارب بخلاف
ولده من امته فانه ماله وهو تابع له فكون نفقته عليه كما ينفق على حيوانه وما نسب القول الى الشيخ مشعر بتمريضه لان يشمل
عليه من الاجمال فان ولده من زوجته اعم من كون امه حرة او امة وعلى تقدير كونها امة فقد يشترط انفراد مولاها به او انفراد الا
به او يطلق بحيث يكون مشتركا بينهما فعلى تقدير حريته يتم ما قاله الشيخ وعلى تقدير رقيته فالنفقة تابعة للملك لما ولد
امته فانه يكون تابعا له في الكتابة لان فرض امر المكاتب يقتضي شراؤها بعد الكتابة واستيلادها بعدها لذلك لكونه بجر
كونه باذن المولى لانه ليس له شراء امة يطاها بدون اذنه فمع اذنه يكون تابعا مملوكا له لا يعتق عليه الى ان يؤدي مال الكتابة
فيتبعه في الحرية او يعجز فيسترق معه وسياتي تحريره ان شاء الله تعالى ولو تحرر من المكاتب شيء كان نفقة ولده من زوجته في
ماله بقدر ما تحرر منه والباقي على امه ان كانت حرة موسرة كان جميعها عليها من الشرطين ولم يذكر المص حكم نفقة زوجة
المكاتب كان البحث فيها كان انسب وحكمها انها في كسبه مطلقا لكن لو ادى المطلق شيئا وتحرر منه بنسبته كانت نفقة نصيب
الرقية نفقة المعسر ونفقة نصيب الحرية بحسب حاله من قوته من القسمين **قوله** اذا طلق الحامل رجعيا فادعت ان الطلاق
بعد الوضع لم المراد ان امراته كانت حاملا وطلقها ووضعت الحمل واختلفا فقال الزوج طلقتك قبل الوضع وانقضت عدتك
بالوضع فلا نفقة لك الآن وقالت بل طلقتني بعد الوضع وطلبت النفقة فعليها العدة من الوقت الذي يزعم انه طلقها فيه
ولها النفقة لان الاصل بقاء النكاح الى الوقت الذي تدعيه وكذا الاصل بقاء العدة والنفقة وليس له الرجعة لانها قد بانت بزعمه
ومن اقر بشيء قبل فيما يتعلق به لا فيما يتعلق بغيره كالواقف ببيع عبد من ينعتق العبد عليه فانه يحكم عليه بعتق العبد ولا

العدة م

يقبل قوله في لزوم الثمن على من زعم انه اشترى ولو فرض ان الزوج كان قد اعتبر ما قبل الوضع في الوقت الذي زعم انه طلقها
فيه لم يلزمه مهر المثل لانها تزعم ان الطلاق وقع بعد الولادة وان الاصابة في النكاح فلا شيء لها باقراره ولو انعكس الفرض
فقال الزوج طلقتك بعد الولادة وانت في العدة ولي الرجعة وقالت بل قبلها وقد انقضت العدة فالقول قول الزوج
في بقاء العدة وثبوت الرجعة ولا نفقة لها في العدة بتقريب ما سبق ولو قيل بتخصيص هذا الحكم بما اذا لم يتفقا زمانا لهما
اما لو اتفقا على زمان احدهما واختلفا في تقديم الآخر وتاخره فالقول قول مدعي تاخره مطلقا لاصالة عدم تقدمه واستمراره
ما اتفقا عليه كان حسنا فلو فرض اتفاقهما على ان الطلاق وقع يوم الجمعة واختلفا في زمان الوضع فادعت انه
وقع يوم الخميس في المسألة الاولى وادعى وقوعه يوم السبت مثلا فالقول قوله لاصالة عدم تقدم الوضع ولو انعكست
الدعوى فالقول قولها لما ذكر ولو اتفقا على وقوع الوضع يوم الجمعة مثلا واختلفا في تقدم الطلاق وتاخره
فالقول قول مدعي التاخير في المسئلتين وربما قيل بانه مع الاتفاق على وقت احدهما والاختلاف في الآخر يقدم
قول الزوج في الطلاق مطلقا لانه من فعله وقولها في الوضع مطلقا كذلك **قوله** اذا كان له على زوجته دين جاز ان
يقاصها يوما فيوما ان كانت موسرة ولا يجوز مع اعسارها لان نفقة المرأة بعد وجوبها بمنزلة الدين على الزوج فان
كان له عليها دين متفقين او انه جاز له مقاصتها من النفقة بعد وجوبها عليه بان ينوي استيفاء نفقة كل
يوم في صبيحته ولو لم يكن متفقين وفاء دينها لم يكن له المقاصة لان تعيين الدين ما له من كل اليها اللهم الا
ان يوافقه في النفقة جنسا ووصفا فيكون التهاتر قهريا هذا كله اذا كانت موسرة بحيث تملك قوتها من
غير قوة او تعلق لحق مقاصتها او لم يحز لما اشار اليه المص من التعليل بان قضاء الدين انما يجب فيما يفضل
عن القوت والمقاصة تابعة لوجوب الوفاء مع الامتناع منها او في معناه ولو رضيت بالمقاصة مع اعسارها لم يكن
له الامتناع وربما قيل لك بها اذا لم يتوجه عليه حجر وبالقبول بان ضعفت عن حقه والا كان له الامتناع وقد سبق
نظيره **قوله** نفقة الزوجة مقدمة على نفقة الاقارب الخ اذا اجتمع على الشخص الواحد محتاجون يلزمه الانفاق
عليهم فان وفى ماله او كسبه نفقتهم فعليه نفقة الجميع وان لم يف الكل ابتداء بنفقة نفسه لان نفقته مقدمة
على جميع الحقوق من الديون وغيرها من اموال المعاوضات وغاية نفقة الزوجة الحاقها بذلك فان فضل عنه نفقة
واحدة قدم نفقة الزوجة على نفقة الاقارب والفرق بين نفقتهما مع اشتراكهما في اصل الوجوب ما اشار اليه المص
من ان نفقة الزوجة تثبت على وجه المعاوضة على الاستمتاع وتثبت في الذمة اذا فاتت بخلاف نفقة القريب فانها
تثبت بمجرد المواساة والعوض اولى بالرعاية من المواساة ولانها نفقة اقوى من نفقة القريب ولهذا لا تسقط
بغناها ولا بمضي الزمان بخلاف نفقته واعترض بان نفقتها اذا كانت كذلك كانت كالديون ونفقة القريب مقدمة
على الديون كما علم من باب المفلس ويؤيده ما روي ان رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وآله فقال معي دينار فقال انفقه على نفسك
فقال معي آخر فقال انفقه على ولدك فقال معي آخر فقال انفقه على اهلك فقدم نفقة الولد على نفقة الاهل كما
قدم نفقة النفس على الولد ولهذا الخبر ذهب بعض الشافعية الى ان نفقة الطفل يقدم على نفقة الزوجة ويمكن
الجواب بان نفقة الزوجة انما يكون كالدين مع مضي وقتها والخبر ح ان نفقة القريب مقدمة على قضائها كما تقدم
على قضاء الدين اما الحاضرة فانها اقوى من الدين ولذلك قدمت نفقة الزوجة عليه في مال المفلس وبقي معها

المرجح على نفقة القريب لقوتها بالمطل وضعف وشبهها على الغني والفقير بخلاف نفقة القريب فيقدم قولها والخبر مع
تسليمه يحتمل الانفاق على وجه التبرع توسعا في النفقة ويؤيده قوله فيه بعد ذلك معي آخر قال انفقه على خادمك
قال معي آخر قال انفقه في سبيل الله وذلك اسم مع ان نفقة الخادم اعم من ان يكون واجبة وغير واجبة ولذا الانفاق
في سبيل الله يجري الحديث على الامر بالانفاق على ما فيه قربة قوله يجب النفقة على الابوين والاولاد اجماعا في وجوب

٣٨٣

٣٨٤

بعينه كالأقل نفقة اختص به ووجبت نفقة الآخر على جده فإن تساويا في النفقة واتفقا على الإنفاق بالشركة أو اختص
كل واحد منهما بواحد فذاك وإن اختلفا عمل بقول من يدعو إلى الاشتراك وكذا الحكم بالاشتراك لو أراد كل منهما الاختصاص
بواحد ويحتمل قويا القرعة لثالث قوله لو كان للأبوين المحتاجين ابن لا يقدر إلا على نفقة أحدهما وللأب أب موسر فعلى الأب
باقي نفقتهما وحكمهما في الاختلاف والاتفاق كالسابق قوله إذا دافع بالنفقة الواجبة أجبره الحاكم فإن امتنع حبسه وإن
كان له مال ظاهر أخذ لا فرق في هذا الحكم بين نفقة الزوجة والأقارب لاشتراكهما في الوجوب وإن اختلفا بالقوة والضعف و
للحاكم إجبار من يقصر في دفع الواجب فإن امتنع من الدفع مع أمره تخير الحاكم بين حبسه وتأديبه لينفق بنفسه وبين أن يدفع من
ماله مقدار النفقة إن كان له مال ظاهر ولو توقف على بيع شيء من عقاره أو ماله جاز لأن حق النفقة واجب فكانت في ذلك كالدين وإن
أن فارقت نفقة القريب بعد مضي الوقت لأن الكلام هنا في حكمها في الوقت ولو كان المنفق غائبا تولى الحاكم النفقة من ماله كالحاضر
الممتنع ولو أذن للمنفق عليه في الاستدانة والإنفاق ثم يرجع عليه كان له وقد تقدم الكلام في أمر الحاكم في نفقة كفايتها
وولدها من مال الزوج ولو لم يقدر على الوصول إلى الحاكم فهل يجوز استقلاله بالاستقراض عليه أو البيع من ماله مع امتناعه أو
غيبته وجهان أجودهما الجواز لأن ذلك من ضروب المقاصة حيث يتعذر أخذ القريب في الوقت والزوجة مطلقا ولو تعدد المنفق
وامتنع أحدهم وغاب دون الباقين أنفق الحاكم من مال الممتنع بحسب حصته وأنفق الباذل ما يخصه منها ولو لم يجد الحاكم مالا
ولا تعذر فأمر الحاضر بالإنفاق بعضها عليه وبعضها قرضا على من يكون قوله القول في نفقة المملوك تجب النفقة
على ما يملكه الإنسان رقيقة وبهيمة إنما تجب على الإنسان الإنفاق على ما يملكه من الحيوان إنسانا كان أو بهيمة لحرمة الروح و
روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف وقوله صلى الله عليه وآله عذبت امرأة في هرة أمسكتها حتى ماتت من الجوع فلم تكن
تطعمها ولا ترسلها لتأكل من خشاش الأرض والخشاش بفتح الخاء وكسرها هوامها ولا فرق في المملوك بين الصغير والكبير و
الصحيح والأعمى والزمن والمرهون والمستأجر وغيرهما ولا بين الكسوب وغيره لكن في الكسوب تخير المولى بين الإنفاق عليه من ماله
وأخذ كسبه وبين أن يكل نفقته إلى كسبه فإن لم يف فالباقي على السيد ولو تعدد الملاك فالنفقة عليهم بحسب الملك
قوله ولا تقدير لنفقتهما بل الواجب قدر الكفاية المعتبر من هذه النفقة قدر الكفاية ولا تتقدر بقدر كنفقة القريب
هل المعتبر بكفاية مثله في الغالب أو كفايته نفسه وجهان أجودهما الثاني فيراعى رغبته وزهادته وكثرة أكله بحيث لا يقوم بدون
دون ذلك وقلته فلو كان أكله زائدا على أمثاله فعليه الزيادة لو توقف قوته عليه وبهذا أمثال السيد ومثله نفقة القريب وأما
الجنس فيعتبر غالب القوت الذي يطعم منه المماليك في البلد لأمثال السيد من الحنطة والشعير وغيرهما وكذا الإدام الغالب والكسوة
الغالبة من القطن والكتان والصوف ويراعى حال السيد في اليسار والإعسار والمقام فيجب ما يليق بحاله من رفيع الجنس الغالب
وخسيسه ولا يجوز الاقتصار في الكسوة على ستر العورة وإن لم يتأذ بحر ولا برد لأن ذلك يعد تحقيرا وإذلالا ولو كان السيد
يتنعم في الطعام والإدام والكسوة استحب أن يدفع إليه مثله ولا يجب بل يجوز الاقتصار على المعتاد إذا كان هو الغالب لما
روي أنه صلى الله عليه وآله قال إخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس يحمل على الاستحباب
أو على أن الخطاب للعرب الذين مطاعمهم وملابسهم متقاربة أو على أنه جواب سائل علم حاله فأجاب على ما اقتضاه كما وقع في كثير
من أجوبته صلى الله عليه وآله ولو كان السيد يطعم ويلبس دون المعتاد غالبا أو دونه بخلا أو رياضة لزمه الحال الغالب للرقيق وليس له الاقتصار
على ما اقتصر عليه ولو كان له مماليك فالأولى التسوية بينهم مع اتفاقهم في الجنس وإن اختلفوا في النفاسة والخسة فله تفضيل

٣٨٥

ذوات الجمال من الإماء والسراري وسطا على الغالب ويستحب أن يجلس رقيقه معه على المائدة ويطعمه خصوصا إذا كان هو
الذي يعالج الطعام فإن لم يفعل فينبغي أن يطعمه منه ولو لقمة روى أنه صلى الله عليه وآله قال إذا أتى أحدكم خادمه بطعامه قد كفاه
حره وعمله فليقعده معه ليأكل معه وإلا فليناوله أكلة من طعامه وفي رواية أخرى إذا كفى أحدكم خادمه طعامه حره و
دخانه فليجلسه معه فإن أبى فليروع له اللقمة واللقمتين والأكلة بالضم اللقمة وروعها أن يدسمها بالإدام ويشربها إياه
بعضهم إلى الوجوب لحديث الأمر به وتخيير إجلاسه أو لقمته مع كون الإجلاس أفضل والوجه أن ذلك على جهة الاستحباب ندبا إلى
التواضع ومكارم الأخلاق والاستحباب في من عالج الطعام آكد ورعاية هذه اللقمة في حق الحاضرين آكد وليكن ما يناوله
من اللقمة كبيرة تسد مسدا دون الصغيرة التي تهيج الشهوة ولا تقضي النهمة واعلم أن نفقة الحيوان كنفقة القريب
في أنها إمتاع لا تمليك بل هاهنا أولى لعدم قبول المملوك للملك على الأصح الأقوال فلا تصير دينا بتأخيرها بل تسقط
بمضي الزمان وإن حصل الإثم ولو دفع إليه الطعام ثم أراد إبداله فله ذلك ما لم يتضمن تأخير الأكل عن المعتاد قوله
ولو امتنع من الإنفاق أجبر على بيعه أو الإنفاق ويستوي في ذلك القن والمدبر وأم الولد إذا امتنع المولى من
الإنفاق على المملوك مع قدرته عليه أجبره الحاكم على الإنفاق أو البيع وإن لم يكن له مال وكان ذا كسب خيره بين
البيع والتكسب والإنفاق عليه وإن رضي في الكسب به ومع التعذر بيعت البيع إن لم يكن الإنفاق عليه من بيت المال أو
تبرع به متبرع أو من الزكاة ونحوها ولو تعذر البيع لعدم الراغب أجبر على الإنفاق عليه لأن الواجب الحق إذا تعذر
بعض أفراده تعين الباقي ولو لم يبق منها إلا فرد صار كالواجب المعين ولا فرق في ذلك بين القن والمدبر وأم
الولد لاشتراك الجميع في المملوكية إلا أن أم الولد لا تباع بل يجبر على الإنفاق عليها خاصة ومع تعذره لفقره وتعذر
الإنفاق عليها من بيت المال ونحوه لم يجب تعجيل عتقها كما لا يجب عتق غيرها من الرقيق وهل يجوز بيعها حينئذ وجهان من عموم
النهي عن بيع أم الولد المشامل لموضع النزاع ومن جواز بيعها فيما هو أقل ضررا من هذا فإن فيه حفظ النفس من الهلاك
لعله أقوى وبه قطع الشهيد في اللمعة وخرج من عدة أنواع المماليك المكاتب فإن نفقته تسقط عن المالك وتجب
في كسبه وكذا لو اشترى المكاتب مملوكا أو اتهب أو أوصي له حيث جوزناها وله باشتراه وابنه تجب عليه الإنفاق عليه ما
دام مملوكا فإذا العتق سقطت ما دام مملوكا لأن نفقة القرابة غير واجبة عليه قوله ويجوز أن يخارج المملوك
بأن يضرب عليه ضريبة ويجعل الفاضل له إذا رضي فإن فضل قدر كفايته وكلة إليه وإلا أتم المولى التمام ولا يجوز أن يضرب
عليه ما يقصر كسبه عنه ولا ما لا يفضل معه قدر نفقته إلا إذا قام بها المولى والمخارجة هو ضرب خراج معلوم على
الرقيق يؤديه كل يوم أو مدة مما يكسبه وليس للعبد أن يجبر السيد عليها إجماعا ولا للسيد إجبار العبد على الأصح الأقوى
لأنه يملك استخدامه المعتاد لا تحصيل ذلك القدر المطلوب منه بالكسب وأطلقنا في جواز إجباره عليها إذا لم يتجاوز بذل
المجهود لأنه يملك منافعه فله نقلها إلى غيره بالعوض على ما مر والمخارجة مثله وإذا رضيا فليكن لكسبه أثم في ذلك
الخراج فاضلا عن نفقته وكسوته أن جعلها المولى في كسبه وإذا وفى وزاد ما يكسبه فالزيادة خيرة من السيد إلى
عبده وتوسيع عليه وإن ضرب عليه أكثر مما يليق بحاله منعه منه الحاكم ويؤدب ولا يكلف الصغير الكسب بنفسه ولا الأمة
غير ذات الصنعة لئلا تكتسب بفرجها ويجبر النقصان في بعض الأيام بالزيادة في بعضها حيث شرطها المولى بنحو ذلك ولا يخفى
أن المخارجة لا تلزم استدامتها كما لا تجب ابتداء واعلم أنه لا يجوز للمولى أن يكلف رقيقه من العمل إلا ما يطيقه ويعتاد مثله

ولا يكلفه الأعمال الشاقة إلا في بعض الأوقات المعتادة لها ولا ما إذا قام به يوما أو يومين ضعف بعدها شهرا أو شهرين
إذا عمل بالنهار أراحه بالليل وبالعكس ويجيزه في أيام الصيف في وقت القيلولة ويتبع في جميع ذلك العادة الغالبة قوله
وأما نفقة البهائم المملوكة فواجبة سواء كانت مأكولة أو لم يكن والواجب القيام بما يحتاج إليه ولو اجتزأت بالرعي وإن علفها فإن
امتنع أجبر على بيعها أو ذبحها إن كان يقصد بالذبح أو الإنفاق وإن كان لها ولد وفر من لبنها قدر كفايته ولو اجترأ من
... أو علف جاز أخذ اللبن من ملكها إنما يسقط علفها وسقيها بالحركة الروح ويقوم مقام السقي والعلف تخليتها للرعي و
ورود الماء إن كانت ما يرعى ويجتزي به لخصب الأرض ولم يكن مانع من ثلج وغيره وإن أجدبت الأرض وكانت لا تجتزي بما ترعى
فعليه أن يضيف عليه من العلف ما يكفيها ويطرد ذلك في كل حيوان محترم فإن امتنع من ذلك أجبره الحاكم على بيعها أو رعيها
بالعلف والتخلية أو ذبحها إن كانت مما يقصد بالذبح للحم أو لتذكية الجلد على أصح القولين وإن لم ينفع بها بالذبح أجبر على الإنفاق
أو البيع فإن لم يفعل ناب الحاكم عنه في ذلك على ما يراه ويقتضيه الحال في التخيير مع إمكان فعل كل واحد من الأفراد والأوجب
الممكن حتى لو انحصر في فرد تعين كله وإن كان لها ولد وفر عليه من لبنها ما يكفيه ويحلب ما يفضل عنه الآن يتأذى كفاية بقدر اللبن
نفسها لا يجوز تكليف الدابة ما لا تطيقه من تثقيل الحمل وإدامة السير ويجوز غصب العلف لا بقائها إذا لم يجب عنه
ولم يبذله المالك بعوض كما يجوز غصب كذلك لحفظ نفس الإنسان ولو بالمثل أو القيمة ولا يجوز الحلب إذا كان يضر بالبهيمة
لقلة العلف وإن لم يضر ولدها ويكره تركه إذا لم يكن في الحلب إضرار بها لما فيه من تضييع المال والإضرار بالبهيمة ويجعل
الوجوب ويستحب أن لا يستقصي في الحلب بل يبقى في الضرع شيئا كيلا يؤذيها القرص ويبقى للنحل شيء من العسل في الكوارة ولو
احتاجت إليه كوقت الشتاء وجب إبقاء ما يكفيها عادة ويستحب أن يبقى أكثر من الكفاية إلا أن يضر بها أو بدله القز يعيش
بورق التوت فعلى مالكها القيام بكفايتها منه وحفظها من التلف فإن فقد الورق ولم يعتن بها باع الحاكم من ماله واشترى لها
منه ما يكفيها ولا يجوز إتلافها كالبهائم وإذا جاء وقتها جاز تجفيف جوزها في الشمس وإن هلكت لتحصيل غايتها ويبقى من المال
ما لا روح فيه كالعقار فلا يجب القيام بعمارته ولا زراعة الأرض لكن يكره تركه إذا أدى إلى الخراب وفي وجوب سقي الزرع والشجر
ونحوه مع الإمكان قولان أشهرهما العدم تم قسم العقود بحمد الله تعالى
وحسن توفيقه ولله الحمد أولا وآخرا وعلى كل حال والصلوة ... خط
الناسخ رحمه الله فرغ من تعليقه ... الشرع
ضحى يوم الأربعاء الحادي والعشرين ... ربيع
الآخر سنة ٩٦٣ بلمشعق سيرق
لنحمد الله الحمد لله
رب العالمين

٣٨٦

ومستخبر عن سر ليلى اجبته   بعمياء عن ليلى بلا تعيين
يقولون خبرنا فانت امينها   وما انا ان خبرتهم بامين

اخاف عليك من غيري ومني   ومنك ومن مكانك والزمان
فلو اني جعلتك في عيوني   الى يوم القيمة ما كفاني